

法政大學講義録

著者	鈴木 喜三郎, 梅 謙次郎, 矢部 廉, 松本 烝治
出版者	法政大學
巻	36
号	2学年の12
ページ	1-93
発行年	1906-10-07
URL	http://hdl.handle.net/10114/5766

(明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可)
每月三回 五日 十五日 二十五日發行

明治三十九年十月七日發行

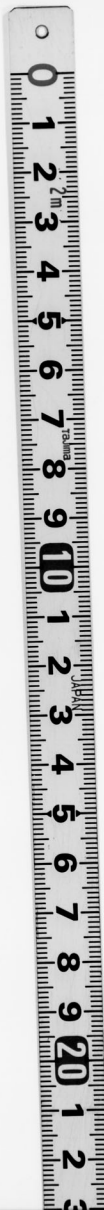
第貳學年ノ十二

三十九年度

法政大學講義錄

第三十六號

法政大學發行



0101

三十九年度第三十六號目次

民法債權編 第二章第二節 (自八五至二〇五) (完)

表紙及七目次 八頁

法學士 鈴木 喜三 郎

民法債權編 自第三章 (自二一) 至第五章 (自九三) (完)

表紙及七目次 四頁

法學博士 梅 謙次 郎

商 法 會 社 (自二三) (完)

表紙及七目次 六頁

法學士 矢 部 廉

商 法 會 社 第四章 (自四八) 以下 (自四八)

法學士 松 本 熹 治

雜 錄 ○大審院判例要旨

第三款 請負ノ終了

請負モ亦契約一般ノ原因ニ因リ消滅スルハ論ヲ俟タサルモ特ニ左ノ場合ニ於テ消滅ヲ見ルモノナリ
第一 注文者ノ解除

凡ソ契約ハ一タヒ有效ニ締結スレハ特約若クハ法律ノ規定アルニ非スンハ當事者一方ノ隨意ヲ以テ解除スルコトヲ得サルハ法理上明白ノコトナリ然ルニ法律ハ請負契約ニ付キ一ノ特例ヲ設ケタリ即チ請負人カ仕事ヲ完成セサル間ハ注文者ハ何時ニテモ損害ヲ賠償シテ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ蓋シ請負契約ハ注文者ノ利益ノ爲メ仕事ヲ完成スルモノナルヲ以テ今注文者カ之ヲ欲セサルニ至リタルトキハ之ヲ解除ヲ許スハ請負ノ性質ニ適スルモノナリトス尤モ請負人ノ被ムリタル損害ヲ賠償セサル可カラサルハ勿論ナリ又仕事ヲ完成シタル以上ハ最早請負者ハ其義務ヲ完了シタルモノナルヲ以テ解除セントスルモ解除スルコトヲ得サルカ故ニ之ヲ許ササルモノナリ

第二 請負人又ハ破産管財人ノ解除

注文者カ破産ノ宣告ヲ受ケタルトキハ請負人又ハ破産管財人ハ契約ノ解除ヲ爲スコトヲ得此場合ニ於テ各當事者ハ損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得是レ貸貸借ニ於テ述ヘタル所ト同一ノ理由ナリ乍併請負人ハ既ニ爲シタル仕事ノ報酬及ヒ報酬中ニ包含セサル費用ニ付テハ破産財團ニ配當ヲ申立ツルコトヲ得ルモノナリ是レ斯ノ如ク爲ササレハ注文者ノ破産ノ爲メ損害ヲ受クルニ至ルヲ以テナリ

第十節 委任

民法債權編 委任

090
1906
2-1-12

舊民法ニ於テハ代理ト題シテ合意ニ因リ他人ノ事務ヲ爲ス場合ト又純然タル代表關係トヲ併セテ規定セリ乃チ委任ト代理トヲ混同シテ規定シタルトモ此二者ハ全ク其性質上同一ナルモノニ非サルヲ以テ新民法ハ之ヲ區別シテ規定スルニ至リタルモノトス

第一款 委任ノ意義

委任ノ意義ニ付テハ立法例一致セス或ハ委任トハ或人カ委任者ノ名ニ於テ委任者ノ爲メニ成事ヲ爲スコトヲ委任者ヨリ與ヘラルル行爲ナリトスルモノアリ即チ代理權ヲ授與スル契約ヲ委任ナリトスルニ在リ此說ハ委任ト代理トヲ混同スルモノナルヲ以テ近世ニ於テハ之ヲ唱道スルモノナシ又或ハ委任ハ委任者カ委任者ニ或事務ヲ處理スルコトヲ委託スル契約ナリトスルモノアリ即チ總テノ事務ヲ以テ委託ノ目的トナシ委任ノ目的タル行爲ニ區別ヲ置カサルノ主義ナリ此主義ニ依レハ雇傭契約ト區別スルノ標準不明ナルヲ以テ是レ亦新民法ニ於テ採用セサルナリ新民法ノ採用シタル委任ノ意義ヲ述フレハ委任トハ當事者ノ一方カ法律行爲ヲ爲スコトヲ相手方ニ委託シ相手方カ之ヲ承諾スルニ因リテ成立スル契約ナリトセリ委託スル者ヲ委任者ト云ヒ受諾スル者ヲ受任者ト云フ之ヲ分解スレハ左ノ如シ

第一 委任トハ委任者カ法律行爲ヲ爲スコトヲ受任者ニ委託スル契約ナリ
是レ委任ノ目的即チ委任事務ハ法律行爲ニ限ルモノトナシ法律行爲以外ノ行爲ヲ處理セシムルコトヲ目的トスルモノハ委任ニ非ストスルニ在リ故ニ訴訟行爲ハ私法的效果ヲ發生セシメントスルヲ目的トスルモノニアラサルヲ以テ法律行爲ニアラサルカ故ニ訴訟委任ハ委任ニアラス斯ノ如クスレハ雇傭契約ト之ヲ區別スルニ付テ明確ナル標準ヲ得ヘシ即チ二者共ニ他人ノ爲メニ事務ヲ處理スルモ

ノナレトモ彼レハ勞務ヲ供給シテ事務ヲ處理スルニ止マルモノニシテ是レハ法律行爲ヲ處理スルモノナレヲ以テ受任者ノ意思ノ作用ヲ以テ其事務ヲ處理スルモノナリ換言スレハ雇傭ハ勞務ニ服スルヲ約シテ勞務ニ服スルモノニシテ委任ハ勞務ニ服スルコトヲ約スルモノニアラスシテ委任事務ヲ處理スルコトヲ約シタルノ結果勞務ニ服スルモノナリ而シテ此受任者カ處理スル所ノ法律行爲ハ概ネ受任者ノ利益トナルヲ以テ其常トスレトモ必スシモ委任者ノミノ利益タルコトヲ要セス委任者受任者雙方ノ爲メ利益トナル場合ニ於テモ委任タルヲ妨ケサルモノトス又此法律行爲ヲ爲スニ當リテハ代理ノ授權アルトキハ委任者ノ名ニ於テ之ヲ爲スコトヲ得レトモ其然ラサルニ於テハ受任者ノ名ニ於テ法律行爲ヲ爲スヘキモノトス乃チ換言スレハ委任契約ニ於テ委任者カ代理權ヲ授與スレハ受任者ハ代理人トナルモ委任契約成立ノ當然ノ結果トシテ受任者ハ常ニ委任者ノ代理人ト爲ルモノニ非ス是レ委任ト代理ト異ナル點ナリトス再言スレハ代理ハ或人カ他人ノ爲メニ或事ヲ爲スニ付キ第三者ニ對スル關係ヲ云フモノニシテ委任ハ委任當事者間ノ債務關係ナレハ委任ハ當然代理關係ヲ意味スルモノニアラス

第二 委任ハ委任者ノ委託ヲ受諾スルニ因リテ成立スルモノナリ
是レ代理ト異ナリテ一方ノ單獨行爲ニテハ成立セサルモノナリ必スヤ申込ニ對スル承諾ヲ得テ始メテ成立ヲ見ルモノナリトス

第二款 委任ノ性質

委任ハ契約ナリ依テ之ヲ契約ノ重ナル分類ヲ捉ヘ來リテ其性質ヲ研究スレハ左ノ如シ

第一 委任ハ諾成契約ナリ

即チ當事者ノ意思表示ノミニ因リテ成立スルモノニシテ何等ノ方式ヲ履ムコトヲ要セス

第二 委任ハ無償ヲ以テ要素ト爲サルナリ

羅馬法ニ於テハ有償委託ハ委任ニ非スト爲セリ即チ委任ハ好意上他人ノ事務ヲ處理スルモノナルヲ以テ報酬ヲ受クルカ如キハ此性質ニ背クト謂フニ在リ獨民法モ亦委任ハ必ス無償ナリトセリ然レトモ近時ノ經濟の觀念ハ概ネ無償ニテ他人ノ爲メニ事物ヲ處理スルコトヲ認メサルニ至リタルノミナラス委任ハ他人ノ爲メ事務ヲ處理スルヲ以テ其目的トスルモノナレハ此目的ヲ失ハサル以上ハ縱令報酬アリトスルモ委任ノ本質ニ背クモノニ非サルヲ以テ新民法ハ無償ヲ以テ常トスルモ又有償ナルコトヲ以テ委任ノ成立ヲ妨ケサルモノト定メタル所以ナリ

第三 委任ハ常ニ片務契約ナリト謂フヲ得サルナリ

從來ノ學說ニ依レハ委任ハ或場合ニ於テハ不完全ナル雙務契約ナリト謂ヘルモ近來ハ斯ル契約ノ分類ヲ認メサルヲ以テ之ヲ不完全ナル雙務契約ナリト謂フヲ得サルモ報酬ヲ約シタル委任契約ハ雙務契約ナリト信ス即チ委任者ハ報酬支拂ノ義務ヲ負ヒ受任者ハ委任事務ヲ履行スルノ義務ヲ負フモノナルヲ以テナリ或人ハ縱令報酬ノ定アル場合ト雖モ常ニ委任ハ片務ナリト論スル者アリ其理由トシテ報酬ノ定アリトスルモ之ヲ支拂フト否トハ委任者其人ノ自由ナルヲ以テ義務ニ非ス何トナレハ委任者ハ何時ニテモ契約ヲ解除シ得ヘケレハナリ又報酬ナルモノハ委任事務ノ實行ニ對スル對價ナルヲ以テ實行ナキ間ニハ報酬ナキモノナルヲ以テ報酬支拂ハ契約其レ自體ヨリ生スルモノニ非スト謂フニ在リ此二箇ノ理由ニ對シテハ徹頭徹尾賛同スルコトヲ得サルナリ委任者ハ何時ニテモ契約ヲ解

除スルノ權利ヲ有スルカ故ニ報酬支拂ハ義務ニ非ストセハ受任者モ亦委任契約ヲ解除スルハ其隨意ニ屬スルカ故ニ何等ノ義務ヲ負フモノニ非スト謂ハサルヲ得ス又報酬支拂ハ委任事務處理ノ對價ナルカ故ニ義務ニ非ストセハ雇傭契約ニ於ケル報酬モ亦勞務ニ對スル對價ナルヲ以テ義務ニ非スト謂ハサルヲ得ス賃貸借ニ於ケル賃料モノ使用ニ對スル對價ナルヲ以テ義務ニ非スト謂ハサルヲ得ス然ルニ論者ト雖モ賃貸借契約雇傭契約ヲ以テ片務ナリト斷定スルノ勇氣ナカルヘシ故ニ對價ノ點ヲ以テ義務ニ非スト謂フハ其當ヲ得タルモノニアラス又實行ナキ間ハ報酬ナシト云フハ義務ノ存在ト義務ノ履行トヲ混同シタルモノニシテ探ルニ足ラス是ヲ以テ余輩ハ報酬アル委任契約ハ雙務契約タルヲ疑ハサルナリ

第三款 委任ノ效力

委任ヨリ生スル效力ヲ委任者ノ義務ト受任者ノ義務トニ分チテ説明セン

第一項 受任者ノ義務

受任者ハ左ノ義務ヲ負擔スヘキモノトス

第一 委任事務處理ノ義務

受任者ハ委任セラレタル事務ヲ委任ノ本旨ニ從ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ處理スヘキモノナリ委任ノ本旨ニ從フトハ委任者ノ意思ヲ推測シテ委任契約ノ目的タル行爲ヨリ生スヘキ必然ノ事項ハ凡テ處理セサル可カラサルヲ云フナリ即チ換言スレハ思慮分別アル者カ自己ニ施スヘキ注意ヲ以テ

委任契約ノ内容タル總テノ必要事項ヲ處理スヘキモノナリ而シテ又此事務ヲ處理スルニ付テハ受任者自ラ之ヲ爲スヘキモノトス何トナレハ委任者ハ受任者ノ性行ヲ見其人ヲ信シテ此契約ヲ成立セシメタルモノナルカ故ニ他人ノ履行ヲ許ササルモノト信ス

第二 報告ノ義務

他人ノ爲メニ事務ヲ處理スル者ハ可及的其者ノ利益ヲ計リ其者ニ便利ヲ與フルヲ以テ本義トス故ニ受任者ハ職務ノ實況ヲ委任者ニ報告シ本人ノ安心ヲ得セシメサル可カラス乃チ委任者ノ請求アリタルトキハ何時ニテモ職務ノ實況ヲ報告スヘク委任事務終了スレハ遲滞ナク其顛末ヲ報告スルコトヲ要ス

第三 引渡ノ義務損害賠償ノ義務

受任者カ委任事務ヲ行フニ當リ受取リタル所ノ金品アリタルトキハ委任者ニ之ヲ引渡スヘキコトハ勿論ノコトナリ又委任者ノ爲メニ得タル財産ヨリ果實ヲ生シタルトキハ此果實ヲモ引渡スヘギハ亦疑ナキ所ナリ又自己ノ名ヲ以テ取得シタル權利ト雖モ元來委任ノ履行ニ因リ得タルモノナレハ取リモ直サス委任者ノ爲メニ得タルモノナレハ委任者ニ其權利ヲ移付セサルヘカラサルコトモ亦論ヲ俟タサル所ナリ斯ノ如ク受任者ハ收取シタル金品ヲ委任者本人ニ引渡スノ義務アルニ拘ハラズ此義務ニ背キテ自己ノ爲メ消費シタルトキニ於テハ損害ノ有無ニ拘ハラズ消費シタル日以後ノ利息ヲ支拂ハサルヘカラサルノミナラス尙他ニ以上ノ實害アリシコトヲ證明シタルトキハ其賠償ノ責ヲ免カサルコトヲ得サルナリ是レ委任者ノ信託ニ背キ正實ニ義務ヲ盡スヘキ本分ヲ忘レタル點ニ對シテ制裁トシテ至當ノコトナリトス爰ヲ以テ利息支拂ノ外尙ホ損害賠償ノ責任ヲ負ハシメタルモノナリト

ス

第二項 委任者ノ義務

第一 報酬支拂ノ義務

眞ニ述ヘタルカ如ク從來ノ立法例ニ於テハ委任ハ無償契約ナリトセルモ近世ノ經濟事情ハ斯ル狀態ヲ認ムルコトヲ許ササルヲ以テ報酬支拂ノ約束ヲ以テ委任ノ成立ヲ妨ケサルモノト爲セリ而シテ報酬支拂ノ時期ハ特約アレハ格別然ラサルニ於テハ委任事務履行後ニ非サレハ之ヲ請求スルヲ以テ原則トセリ故ニ委任者ハ之ヲ前拂スルノ義務ナク又委任事務履行ニ比例シテ分割支拂ヲ爲スコトヲ要セス尤モ報酬ヲ定メタル方法カ期間ヲ以テ之ヲ爲シタルトキハ其期間經過シタル部分タケテ請求スルコトヲ得セシメタリ例ヘハ一ヶ月何圖ト定メタルトキハ一ヶ月經過スレハ一ヶ月分ヲ請求シ得ヘシ

次ニ受任者カ委任事務ヲ全部履行セシメテ委任契約終了シタル時ハ委任者ハ報酬支拂ノ義務ヲ免カサルヤト謂フニ是レ區別シテ論セサルヘカラス即チ受任者ノ責ニ歸スヘカラサル事由例ヘハ委任者ノ破産死亡等ニ因リ委任契約終了シタルトキハ其履行ノ割合ニ應ジテ報酬ヲ支拂ハサルヘカラサルモノトス是レ受任者ニ責ムヘキ過失ナクシテ履行ヲ全ウスルコト能ハサルモノナレハ報酬ヲ受クルノ權利ヲ失ハシムヘキ理由ナキヲ以テナリ乍併委任事務ノ不履行カ受任者ノ責ニ歸スヘキモノナルトキハ割合ヲ以テタモ報酬ヲ請求スルコト能ハサルモノトス是レ受任者カ自己ノ所爲ニ因リテ自己ノ履行セサルモノナレハ權利ヲ失却スルハ當然ノコトナリトス尤モ委任事務履行ノ結果カ不良ナリ

トスルモ報酬ヲ受クルノ權利ヲ妨クルモノニ非ス是レ委任契約ニ於テハ委任者ノ爲メニ善良ナル結果ヲ得セシムルコトヲ目的トスルモノニ非スシテ受任者ノ義務ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ委任事務ヲ實行スルノ義務ヲ負フニ止マルモノナレハナリ

第二 費用支拂ノ義務及ヒ損害賠償ノ義務

受任者カ委任事務ヲ處理スルニ當リテ必要ト認メテ支出シタル費用ハ委任者ハ其費用及ヒ支出以後ノ日ニ於ケル利息ヲ償還セサル可カラサルモノトス尤モ委任者カ支拂フ所ノ費用ハ行爲ノ當時ノ情況ニ照シ客觀的ニ必要ナリシモノノミヲ返還スルヲ以テ足ルモノニシテ委任者カ主觀的ニ自己ノ放漫ナル判斷ヲ以テ必要ナルモノト認メタルモノノ全部ヲ支拂フニ及ハサルモノトス換言スレハ受任者カ支出シタルモノハ悉ク支拂フヘキモノニ非ス唯行爲ノ當時普通ノ判斷上必要ナリト認メ得ヘキモノノミヲ支拂フヘキモノトス但委任者ノ爲メニ有益ナリシコトヲ必要トセス故ニ支出ノ當時客觀的ニ必要ナリシモノハ假令委任者ニ對シテ全ク無益ノモノナリシモノモ償還ヲ求ムルコトヲ得ヘシ又委任者ハ委任事務ヲ處理スルニ付キ費用ヲ要スルモノナルトキハ受任者ノ請求アレハ其費用ヲ前拂セサルヘカラス又受任者カ委任事務處理ノ爲メ必要ナル債務ヲ負擔シタルトキハ委任者ハ受任者ニ代リテ其債務ヲ辨濟セサル可カラサルモノトス若シ債務カ辨濟期ニ達セサルトキハ辨濟ヲ確實ナラシムルカ爲メ其債務ニ向テ相當ノ擔保ヲ供セサル可カラサルモノトセリ又受任者カ其過失ニ基カスシテ委任事務處理中ニ損害ヲ受ケタルトキニ於テハ委任者ハ其賠償ヲ爲ササル可カラス例ヘハ無報酬ノ受任者カ委任事務ヲ處理シタルカ爲メ職業ヲ休ミ日當ヲ得ルコト能ハサルトキハ損害トシテ請求シ得ヘシ之ヲ要スルニ受任者ハ委任事務ヲ履行スルノ義務ヲ負フモ之ヲ履行スルカ爲メ損失ヲ被ムラサルヘカラサルモノト謂フノ理由ナキヲ以テ以上ノ義務ヲ委任者ニ負ハシメタルモノトス

第四款 委任ノ終了

委任モ亦一ノ契約ナルニ因リ契約一般ノ消滅原因ニ因リテ消滅スルハ論ヲ俟タサル所ナリ唯左ニ述フル所ノモノハ此契約特有ノ消滅原因ナリ

第一 當事者任意ノ解除

有效ニ締結シタル契約ハ一方ノ意思ヲ以テ廢棄スルコトヲ得サルハ契約ノ通則ナレトモ此契約ニ於テハ特例ヲ設ケ各當事者ハ何時ニテモ解除スルコトヲ得セシメタリ蓋シ此契約ハ概ネ委任者ノ利益ノ爲メ設ケラルルモノナレハ今委任者自ラ其事務ヲ處理シ得ルニ至ルカ又ハ受任者ヲ信セサルニ至ルモ尙ホ契約ニ羈束セラルルモノトスルハ事理ノ穩當ヲ得タルモノニ非サルヲ以テ委任者ニ解除權ヲ與フルハ當然ナリ又受任者ハ多クハ好意上他人ノ事務ヲ處理スルコトヲ約スルモノナルハ拘ハラヌ契約普通ノ原則ヲ嚴守セシムルハ甚ダ酷ナルカ故ニ受任者ニモ亦解除權ヲ與ヘタルモノトス斯ノ如ク我民法ハ解除權ヲ認メタルニ過キサレトモ尙ホ他ノ立法例ニ依レハ委任者カ豫メ解約ヲ爲ササル旨ヲ約スルモ其約束ハ效ヲ生セサルモノト規定スルモノアリ我民法ハ之ニ關シテハ明文ヲ設ケス故ニ解釋家間ニハ異論アルモ余輩ノ考フル所ニ依レハ或期間解約セストノ特約ハ善良ナル風俗ヲ害シ公ノ秩序ニ反スト謂フカ如キモノニ非サルヲ以テ無効ニ非スト信ス斯ノ如ク雙方ハ何時ニテモ解除權ヲ有スルモノナレトモ可及の相手方ノ利益ヲ圖ラサル可カラス是ヲ以テ若シ相手方ノ爲メ不利

益ナル時期ニ於テ解除ヲ爲シ爲メニ損害ヲ被ムラシメタルトキハ解除者ハ賠償ノ責ヲ免カルルコトヲ得ス尤モ己ムコトヲ得サル事由アルトキハ此限ニ非サルモノトス
以上述フル所ノ解除ノ效力ハ將來ニ向テノミ生スルモノニシテ既往ニ遡ラサルモノナリ故ニ爲シタル行爲ノ效力ハ有效ニ存在スルモノトス其理由ハ既ニ貸貸借ニ於テ説明スル所ナリ

第二 死亡及ヒ破産

當事者一方ノ死亡又ハ破産ノ宣告ハ此契約ヲ終了セシム是レ此契約ノ性質上委任者ハ受任者ヲ信用シ受任者ハ委任者其人ニ對スル好意上ヨリ此契約ノ成立スルモノナルカ故ニ一方ノ死亡ニ因リテ消滅セシムルハ正當ノコトナリ又何方ニスルモ破産ノ宣告ヲ受ケレハ信用ヲ失却スルコト甚タシキヲ以テ契約ノ終了スルコト是レ亦當然ノコトナリ

第三 受任者カ禁治産ノ宣告ヲ受ケタルトキ

受任者カ能力ヲ失ヘハ委任者ノ信用ハ消滅スルモノナルカ故ニ此契約ヲ終了セシメタルハ亦當然ノコトナリ反之委任者カ能力ヲ失ヒタルトキニ此契約終了スルモノトスレハ却テ實際上ノ不便ヲ來スコトアルヲ以テ委任者ノ禁治産ノ宣告ヲ受ケタルハ此契約ノ終了原因ト爲ラサルモノナリ

以上述フル所ノ原因ニ因リ委任終了スルモ受任者其相續人又ハ法定代理人ハ急迫ナル事情アルトキハ委任者、相續人又ハ法定代理人カ委任事務ヲ處理スルヲ得ルニ至ルマテ必要ナル處分ヲ爲ササル可カラサルノ義務ヲ負フモノナリ是レ成ルヘク委任者ノ利益ヲ害セサシメンカ爲メナリ

終リニ言フヘキコトハ委任終了ノ效力ヲ生スル時期問題はナリ委任終了ノ效力發生ノ時期ハ終了ノ原因カ當事者何レニ出タルニ拘ハラス其原因ノ生シタルトキニ非スシテ其原因ヲ相手方ニ通知スルカ

若クハ相手方ノ之ヲ知リタルトキニアルナリ是レ實際ノ便宜ヲ計リ斯ク規定シタルモノトス若シ然ラストセハ相手方ヲシテ非常ナル不利益ヲ被ムラシムルコトアルヘキヲ以テナリ例ヘハ委任者死亡スルモ受任者之ヲ知ラスシテ委任事務ヲ續行スルコトアルヘシ然ルニ其行爲ノ責任ヲ委任者ノ相續人ニ負ハシメサルトキハ受任者ハ大ナル損害ヲ受タルコトアルモノトス是レ此規定アル所以ナリ

第五款 準委任

法律行爲ニ非サル事務ノ處理ヲ他人ニ依頼スルヲ事務ノ委任ト謂フ例ヘハ冠婚葬祭ノ禮ヲ代リテ述ヘシムルカ如キ是ナリ此等ノ事タルヤ他人ヲシテ事務ヲ處理セシムルノ點ハ毫モ委任ト異ナラサルヲ以テ總テ委任ノ規定ヲ準用スルコトト爲セリ

第十一節 寄託

第一款 寄託ノ意義

寄託トハ當事者ノ一方カ相手方ノ爲メニ保管ヲ爲スコトヲ約シ或物ヲ受取ルニ因リテ成立スル契約ナリ保管ヲ託スル者ヲ寄託者ト云ヒ保管ヲ約スル者ヲ受寄者ト云フ之ヲ分解スレハ左ノ如シ

第一 寄託ハ寄託物ノ引渡ニ因リテ成立スルモノナリ

乃チ寄託ハ要物契約ナリ之ヲ要物契約ト爲シタル理由ハ消費貸借ニ於テ述ヘタルカ如ク寄託物ヲ受取ラサル間ハ受寄者ニ於テ物ヲ保管セントスルモ到底其義務ヲ盡スコトヲ得サルカ故ナリ乃チ保管ヲ爲スコトヲ得ルノ地位ヲ得テ始メテ寄託關係成立スルモノナリトス

寄託物ノ目的ニ付テハ立法例一致セズ或ハ動産ニ限ルモノト爲スモノアリ此立法例ノ理由トスル所ハ不動産ハ他人ノ保管ニ之ヲ委ネサルモ所有者ハ自己ノ權利ヲ認ムルコトヲ得ルモノナルカ故ニ保管ノ必要ナシ又不動産ハ場所ヲ變更スルコト能ハサルモノナルカ故ニ保管セシムルコト能ハスト云フニ在リ然レトモ保管ヲ爲スニハ必スシモ物ノ場所ヲ移轉スルノ必要ナシ又不動産ト雖モ絶テ保管ヲ託スルノ必要ナシト謂フコト能ハサルヲ以テ新民法ハ此限定主義ヲ採用セシテ總テノ物體ハ皆寄託ノ目的物ト爲スコトヲ得ルモノト定メタリ爰ヲ以テ動産ハ勿論不動産モ亦寄託ノ目的物トナルコトヲ妨ケサルモノトス

第二 寄託ハ寄託者ノ爲メニ保管ヲ爲スコトヲ約スル契約ナリ

乃チ受寄者カ寄託物ヲ保管スルノ義務ヲ負擔スルコトヲ以テ契約ノ本旨ト爲シタル場合ニ非サレハ寄託ハ成立セサルモノナリ若シ夫レ保管ニ係ル契約上ノ義務カ保管義務者ノ有スル權利ノ結果ナルトキカ(例ヘハ貸借契約ノ如キ)又ハ保管義務者ノ負擔ニシテ契約ノ法律上ノ性質ヲ定ムヘキ他ノ主タル義務ト法律上相關聯セルカ如キ場合(例ヘハ雇傭契約ノ如キ)ハ縱令保管ノ義務アリトスルモ以テ寄託契約ナリトスルコトヲ得ス要スルニ保管義務ヲ惹起スルコトヲノミ契約ノ目的トナシ保管義務ヲ生シタル場合ノミ寄託ト謂フヘキモノトス羅馬法ニ於テハ寄託ハ無償ヲ以テ要素ト爲スヘキモノト定メタルモ寄託ハ物ノ保管ヲ約スルヲ以テ要素トスルノ外他ニ何等ノ要素アルコトヲ必要ト爲ササルヲ以テ報酬アルノ故ヲ以テ其本質ヲ失フヘキモノニ非ス爰ヲ以テ新民法ハ無償ヲ以テ要素ト爲サス報酬ヲ與フルコトヲ約スルモ寄託タルノ性質ヲ失ハサルモノト爲セリ

第二款 寄託ノ種類

寄託ヲ分テ普通ノ寄託ト不規則ノ寄託トナスコトヲ得普通寄託トハ受寄物其モノヲ返還セサルヘカサルノ義務ヲ負フ所ノ寄託ヲ謂フ不規則寄託トハ受寄者カ受寄物ヲ消費スルコトヲ得ルモノニシテ受寄物ト同種類同性質同數量ノ物ヲ返還スレハ其義務ヲ免カルヘキ寄託ヲ謂フ故ニ不動産ニハ絶テ不規則寄託ヲ適用スル場合ナシ舊民法ハ通常寄託ヲ三種ニ分チ任意寄託、急迫寄託、旅店寄託ト爲セリ任意寄託トハ合意ニ因リテ成立スル通常ノ寄託ナリ急迫寄託トハ水火ノ難ニ際シ物ヲ他人ノ家宅内ニ投入スルトキハ直チニ寄託關係發生スルモノトスルニアリ旅店寄託トハ旅人カ携帯セシ物品ニ對シ旅店カ寄託ノ義務ヲ負フトスルモノヲ謂フ第二ノ場合ニ於テ寄託關係直チニ生スルモノトスルハ其當ヲ得サルヲ以テ本法ハ斯ル一種ノ寄託アルコトヲ認メス唯斯ル場合ニ於テハ暗黙ノ寄託關係成立スルヤ否ヤハ實際ノ事實ニ照シテ判斷スヘキモノト爲セリ又第三ノ寄託ニ付テハ特別ノ營業者ニ關係スルヲ以テ普通法タル民法ニ規定セズ商法ニ規定スルコトト爲セリ(三五四條參照)

第三款 寄託契約ノ效力

第一項 受寄者ノ義務

第一 保管ノ義務

此契約ハ受寄者カ物ヲ保管スルノ義務ヲ約スル契約ナルヲ以テ受寄者ニ於テ此義務アルヤ疑ヲ容レサル所ナリ唯一言スヘキコトハ保管物ニ對スル注意ノ程度如何ノ問題はナリ之ニ關シテ法律ハ報酬

アル場合ト報酬ナキ場合トニ依リテ其程度ヲ異ニセリ報酬アル場合ニハ通則ニ從ヒ善良ナル管理者ノ注意ヲ施ササルヘカラス無報酬ノ場合ハ受寄者ハ自己ノ財産ニ於ケルト同一ノ注意ヲ以テ保管スルヲ以テ足ルモノトセリ蓋シ寄託者ハ受寄物カ自己ノ財産ヲ保管スルニ當リテ幾何ノ注意ヲ用フルヤ否ヲ認メテ寄託契約ヲ爲シタルモノナルヲ以テ之ヨリ多クノ注意ヲ受クルコトハ固ヨリ希望ノ外ニアルモノト謂ハサルヲ得ヌ又受寄者ノ方面ヨリ考フルニ受寄者ハ何等得ル所ナキニ拘ハラス平素ノ注意ヨリモ多クノ注意ヲ盡ササル可カラサルモノトスルハ甚タ酷ナリト謂ハサルヲ得ヌ是レ主觀ノ注意ヲ以テ可ナルモノト爲シタル所以ナリ(商三五三條ハ反對ナリ)

寄託關係ハ受寄者其人ヲ信スルヨリ成立スルモノナルヲ以テ受寄者モ亦此信託ニ背クコトヲ得サルナリ爰ヲ以テ寄託者ノ許諾ナキ限りハ妄リニ受寄物ヲ使用スルコトヲ得ヌ又自ラ保管ノ任ニ當ルヘキモノニシテ他人ヲシテ保管セシムルコトヲ許ササルモノナリ

寄託者ノ許諾ヲ受ケ第三者ヲシテ保管セシメタル場合ハ此間ニ如何ナル關係生スルヤト謂フニ理論上云フトキハ寄託者ト第三者トノ間ニハ何等ノ關係ヲ生セサルモノト言ハサルヘカラスアルモ第三者ハ殆ト寄託者ノ復代理關係アル場合ト同一ナル狀態ニアルカ故ニ法律ハ第一〇五條第一〇七條第二項ノ規定ヲ準用スルコトト爲シタルモノトス

第二 通知ノ義務

第三者カ寄託物ニ對シ權利ヲ主張シテ受寄者ニ向テ訴訟ヲ提起シタルトキ又ハ受寄者ニ對スル債權執行ノ爲メ受寄物ヲ差押ヘタルトキハ受寄者ハ遲滞ナク其實情ヲ寄託者ニ通知セサル可カラス蓋シ斯ル場合ニ於テハ寄託者ハ自己ノ權利防禦ノ爲メ相當ノ處置ヲ爲ササルヲ得ヌ然ルニ概ネ寄託者ハ

斯ル事實ノ生シタルコトヲ知ラサルモノナルカ故ニ遂ニハ時機ヲ失シテ權利ヲ失フカ如キ危禍ヲ被ムルコトアルヘキヲ以テ之ナカラシムルカ爲メ此義務ヲ受寄者ニ負ハシメタルモノトス

第三 受寄物返還ノ義務

寄託關係ニ於テ受寄者ハ受寄物ニ付テ權利ヲ取得スルモノニ非サルヲ以テ寄託者ニ對シ受寄物其モノヲ返還スルノ義務アルハ爭フ可カラサルコトナリ假令其物カ自己ノ所有物ナリトスルモ自己ノ所有物タルノ故ヲ以テ其返還ヲ拒ムコトヲ得サルモノナリ又受寄者ハ保管義務ヲ盡スニ當リ寄託者ノ爲メ取得シタル物ハ悉ク寄託者ニ返還セサル可カラス若シ此等ノ金品ヲ自己ノ爲メニ消費スレハ消費以後ノ利息ヲ支拂ヒ尙ホ損害ノ賠償ヲ爲ササル可カラス

受寄物返還ノ時期ニ付テハ返還期限ノ定アル場合ト雖モ寄託者ハ何時ニテモ之カ返還ヲ求ムルコトヲ得レシ寄託關係ハ寄託者ノ利益ノ爲メニ生スルモノナルヲ以テ概ネ期限モ亦寄託者ノ利益ノ爲メニ定メタルモノト看做シ得ヘケレハナリ尤モ反對ノ特約ヲ禁止スルモノニアラス反之受寄者ハ期限ノ到來スルマデハ保管ノ義務アルヲ以テ期限前ハ返還ヲ爲スコトヲ得ヌ但已ムコトヲ得サル事由發生ストキハ期限前ト雖モ返還ヲ爲スコトヲ得又返還期限ノ定メナキトキハ何時ニテモ返還ヲ爲スコトヲ得ヘシ是レ當事者ノ意思ヲ斟酌シテ斯ク定メタルモノトス

返還ノ場所ニ付テハ受寄物ヲ保管スヘキ場所ニ於テ之ヲ爲スコトヲ要ス尤モ受寄者カ正當ノ事由ニ因リ其物ヲ轉置シタルトキハ現在ノ場所ニ於テ返還スルコトヲ得ヘシ是レ亦當事者ノ意思ヲ推測シテ斯ク定メタルモノトス

第二項 寄託者ノ義務

第一 損害賠償ノ義務

受寄物ノ性質又ハ瑕疵ヨリ受寄者ニ損害ヲ及ホシタルトキハ寄託者ハ之ヲ賠償セサルヘカラス之レ
斯ル性質ヲ有スル物又ハ瑕疵アル物例ヘハ爆發物腐敗物ヲ寄託シ損害ヲ生セシメタルカ如キハ寄託
者ノ過失ト謂ハサル可カラサルヲ以テ此義務アラシムルハ至當ノコトナリ但寄託者カ其性質若クハ
瑕疵アルコトヲ知ラサルコトカ其過失ニ出テサリシトキハ此責任ナキモノナリ又受寄者カ其性質若
クハ瑕疵ヲ知リタルトキハ之ニ因リテ生スル損害ヲ避クルコトヲ得ル位地ニアルモノナルヲ以テ寄
託者ハ賠償ノ責任ナシ

第二 費用ノ賠償及ヒ前拂ヲ爲スノ義務

寄託者ハ受寄者カ寄託ノ爲メ必要ナル費用ヲ支出シタルトキハ其費用ニ利息ヲ付シテ償還セサル可
カラス又其費用ノ前拂ノ請求アリタルトキハ其請求ニ應セサル可カラス

第三 報酬支拂ノ義務

報酬ヲ支拂フノ特約アリタルトキハ寄託者ニ於テ此義務アルハ當然ナリ而シテ其支拂時期ハ保管ヲ
終リタル後ナラサルヘカラス尤モ期間ヲ以テ報酬ヲ定メタルトキハ期間ノ經過後ニ於テ支拂フヘキ
モノトス

第四款 不規則寄託

不規則寄託トハ代替物ノ寄託ヲ謂フ即チ受寄者カ受寄物ヲ消費スルコトヲ得ル場合ノ寄託關係ヲ謂フ
彼ノ金錢ヲ預入ルカ如キハ之ニ屬ス此場合ニ於テハ受寄者ハ受寄物ヲ消費スルコトヲ得ルカ故ニ隨テ
返還義務ヲ履行スルニハ種類品等數量ノ同シキ物ヲ以テ爲スヘキモノナリ斯ノ如ク不規則寄託ナルモ
ノハ外觀上消費貸借ト異ナル所ナキヲ以テ斯ル契約ハ消費貸借ト看做スヘキモノト規定スル立法例ア
レトモ新民法ハ羅馬法ニ從ヒ性質ハ寄託ナリト定メ唯消費貸借ノ規定ヲ準用スヘキモノト定メタリ斯
ノ如ク新民法カ此法律行爲ヲ消費貸借トセスシテ寄託ト爲シタル理由ハ此契約ニ於テハ寄託者ノ利益
ノ爲メ爲スモノニシテ消費貸借ニ於テ借主ノ利益ノ爲メニ物ヲ授受スルモノトハ異ナルヲ以テナリ換
言スレハ此契約ニ於テハ受寄者ハ受寄物ヲ消費スルノ利益ヲ受クルコトトナルモ此契約ノ重ナル目的
ハ寄託者ノ爲メ保管ヲ約スルコトヲ眼目トスルモノナレハナリ斯ノ如ク其性質ヲ異ニスルモノナルカ
故ニ縱令返還期限ノ定メナキト雖モ消費貸借ノ場合ト異ナリ寄託物ハ催告ノ手續ヲ爲スコトヲ要
セスシテ何時ニテモ返還ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ尤モ期限ノ定メアル時ニ於テハ突然返還ヲ請
求セラルルトキハ受寄者ハ利益ヲ失フコトトナルヲ以テ期限ノ到來スルマテハ返還ヲ求ムルコトヲ得
サルナリ

第十二節 組合

第一款 組合ノ意義

社會ノ複雜ナルニ從ヒ吾人ハ一人ノ力ヲ以テ諸般ノ事業ヲ完成スルコトヲ得ス爰ニ於テ乎同志相聚リ
有志相合シテ一ノ團體ヲ組成スルノ必要ヲ生ス此組合ナルモノモ亦此團體ノ一ニシテ目的トスル所ハ

共同事業ヲ營ムニ在リ今法文ニ就テ其定義ヲ示サハ組合契約トハ各當事者カ出資ヲ爲シ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ約スル契約ナリ之ヲ分解スレハ左ノ如シ

第一 組合ハ各當事者カ出資ヲ爲スコトヲ約スルモノナリ

共同ノ事業ヲ營ムニハ之カ用ニ供スルノ資本ナカル可カラス故ニ組合ノ各當事者ハ出資ヲ爲ササル可カラス而シテ此出資ハ共同事業ノ爲メニ供セラルモノナルヲ以テ一人若クハ數人ノ利益ノミニ利用スルコトヲ許サス又特約ヲ以テスルモ人若クハ數人ノ者ニ對シテ之ヲ免除スルコトヲ得サルナリ尤モ其額ノ均一ナルコトヲ必要トセス出資ノ何タルコトハ後ニ至リテ詳述スヘシ

第二 組合契約ハ各當事者カ共同ノ事業ヲ營ムコトヲ約スルモノナリ

即チ共同ノ目的ニテ或事業ヲ營ムコトヲ以テ此契約ノ主眼トスルモノナルヲ以テ各自ノ獨立ナル事業ヲ營ムコトヲ約スルコトハ組合ニ非ス換言スレハ事業ノ盛衰得失ハ組合員全體ニ其效果ヲ及ボスモノニシテ一人若クハ數人ニノミ及ボスヘキモノニ非サルナリ而シテ共同事業トシテ營ム所ノ目的ニ付テハ或ハ金錢的利益ヲ得ルモノニ限ルトノ立法例アレトモ本法ハ民法上ノ法人ハ利益ヲ營ムコトヲ以テ目的トスルモノニ限ラサルノ主義ヲ採用セルカ如ク組合ノ目的モ亦營利ノ事業ニ限ラサルモノトセリ蓋シ組合ハ共同事業ヲ爲スコトヲ以テ其主眼トスルモノナルカ故ニ此目的ノ外ニハ他ノ條件ヲ要スルノ必要ナケレハナリ而シテ組合ノ事業ハ苟モ不法ナラサル限りハ目的ノ如何ヲ問ハサルモノトス故ニ宗教、學術、慈善若クハ娛樂、農工業等ニ存スルコトアリ尤モ營利事業ヲ拒ムモノニアラサルヲ以テ營利ヲ目的トシテ團體ヲ組成シタルトスルモ組合タルヲ妨ケサルモノトス

以上二箇ノ條件ヲ具備スルトキハ組合契約成立スルモノニシテ組合ナルモノ發生ス組合ハ組合員ノ間

ニ生シタル關係ヲ示スノ語タルニ過キスシテ組合員ヲ離レテ別ニ一ノ權利主體ヲ生スルモノニ非ス故ニ組合ト組合契約ノ當事者トノ關係ハ會社ト會社員トノ間ニ於ケル關係ト同一視スルコトヲ得ス乃チ會社ニハ會社ナル法人ノ有スル財産アリテ會社員ノ財産トハ全ク別箇ノモノナルモ組合ニハ無形人ノ有スル財産ナクシテ單ニ組合員ノ共有財産アルノミ又會社ハ會社トシテ諸般ノ行爲ヲ爲スコトヲ得ルモ組合ニ於テハ組合員ノ行爲ノ外組合ナルモノノ名ヲ以テ行爲ヲ爲スコトヲ得サルモノトス其他第三者ニ對スル關係等ニ於テモ全ク異ナルモノナリ

第二款 組合契約ノ效力

第一項 組合員相互ノ義務

第一 出資ヲ爲スノ義務

前述シタルカ如ク組合員各自ハ共同事業ヲ爲スカ爲メ其出資ヲ爲ササルヘカラス出資トハ共同事業ヲ營ムカ爲メニ互ニ負擔スル給付ヲ云フ而シテ其出資ハ共同ノ事業ノ用ニ供スルコトヲ得ルノ性質ヲ有スルモノハ如何ナルナルモノト雖モ皆之ニ充ツルコトヲ得ヘシ即チ換言スレハ金錢的利益ヲ有スルモノハ悉ク出資ト爲スコトヲ得ルモノトス故ニ金錢ハ勿論其他ノ財產權若クハ勞務ハ出資ト爲スコトヲ得ヘシ

信用ハ出資ト爲スコトヲ得ルヤト謂フニ商法ニ於テハ信用ヲ以テ出資ト爲スコトヲ得ヘキコトヲ規定(商七一條參照)スルモ民法ハ之ニ關スル明文ナキヲ以テ解釋者間ニ異論ナキニシモアラサレトモ余輩ハ出資ト爲スコトヲ得サルモノト斷定ス何トナレハ民事上ノ信用ハ商事上ノ信用ト異ナリ漠然

トシテ其評價ヲ爲スコトヲ得ス否一步ヲ進メテ云ハハ金錢ニ見積ルコトヲ得ルノ價值アリト謂フヲ得サルナリ加之各人ニ專屬スルモノニシテ之ヲ處分スルコトヲ得ス隨テ共同ノ用ニ供スルコト能ハサルヲ以テナリ

出資差入ノ方決ニ付キ一言セシニ出資ハ組合ノ成立シタルトキカ又ハ期限ノ定アリタル時ハ其時ニ於テ各組合員ハ互ニ他ノ組合員ニ提出スヘキモノナリ乃チ金錢ヲ以テ出資ト爲ストキハ其金錢ヲ差出スヘク勞務ヲ以テ出資ト爲ストキハ勞務ヲ給付セサル可カラズ動産不動産ハ讓渡手續ヲ爲スコトヲ要スヘク債權ナレハ債務者ニ通知スヘク若クハ其承諾ヲ受クヘキモノトス斯ノ如クニシテ以テ共同事業ヲ營ムノ共同資本ニ供スルモノナルヲ以テ若シ此差入ノ義務ヲ怠リタルモノアルトキハ組合ニ對シ賠償ヲ爲ササル可カラサルハ勿論ノコトナリトス金錢ヲ以テ出資ト爲シタルトキモ法定利息ヲ支拂フノ外尙ホ實損ヲ填補セサル可カラサルモノナリ何トナレハ利息ヲ得ルノミニテハ組合ノ受ケタル損害ノ償フニ足ラサルハナリ斯ノ如ク各組合員カ差出シタル出資ハ差出シタルトキヨリ組合員全體ノ共有ト爲ルモノナリ此點ニ於テ之ニ異ナルノ立法例ナキニ非サレトモ其主義ニ依ルトキハ組合財産ノ減少シタルトキニハ却テ不公平ノ結果ヲ生スルコトアルヲ以テ本法ハ此主義ヲ採用シタル所以ナリ又此ノ如ク相互ニ有スル出費請求ノ權利ハ組合員外ノ者ニ讓渡スルヲ得ス

第二 事務執行ノ義務

特ニ業務執行者ノ定ナキトキハ各組合員ハ善良ナル管理者ノ注意ヲ以テ組合事務ヲ營マサル可カラズ又共同ノ目的ヲ達スルコトヲ妨クヘキ行爲ヲ爲ササルノ義務ヲ負フモノナリ

第三 損失分擔ノ義務

組合ノ事業ニ付テ損失ヲ生シタルトキハ各組合員ハ之ヲ分擔セサル可カラズ其割合ハ概ネ契約ニ依リテ定マルモノナレトモ若シ其契約ナキトキハ出資ノ割合ニ應ジテ定ムヘキモノトス尤モ利益分配ノ割合ヲ定メタルトキハ其割合ニ從テ損失ヲ分擔スヘキモノト爲セリ此損失分擔ノ割合ニ付テハ出資ノ如何ニ拘ハラズ平等分配主義ヲ採用スル立法例アレトモ此主義ハ其當ヲ得タルモノニ非ス何トナレハ出資ノ多少ニ依リ事業ノ上ニ關係ヲ及ボスコト同一ナリトスルコトヲ得サルカ故ニ隨テ損失ヲ平等ニスヘキ理由ナキヲ以テナリ

第四 引渡及ヒ報告ノ義務

組合員カ業務ヲ執行スルニ當リ受取リタル金品、取得シタル債權アルトキハ直チニ組合ニ引渡ササル可カラズ又義務ヲ執行スル組合員ハ何時ニテモ義務執行ノ狀況ヲ報告セサル可カラサルノ義務アルモノナリ

第二項 組合員相互ノ權利

第一 利益分配ノ權利

各組合員ハ共同事業ニ因リテ生シタル利益配當ヲ受クルノ權利ヲ有スルモノナリ其割合ハ損失分擔ト同シク契約ニ因リテ定マルモノナレトモ若シ其定ナキトキハ出資ノ價額ニ應ジテ定ムヘキモノナリ若シ又損失分擔ノ割合定マリタルトキハ其割合ヲ以テ利益ヲ配當スルモノナリ此點ニ於テモ平等主義ヲ採用スル立法例アレトモ曩ニ述ベタル理由ニ依リ本法ハ之ヲ採用セス

第二 業務執行ノ權利

組合ノ業務ハ組合員全體ノ利害ニ關スルモノナルヲ以テ組合契約ヲ以テ特ニ業務執行者ヲ定メサル
トキハ各組合員ハ業務ヲ執行スルノ權利ヲ有スルモノナリ而シテ之ヲ執行スルノ方法ニ付テハ二個
ノ異ナル主義アリ一ハ總組合員カ共同シテ之ヲ爲スヘキモノナリトスルニ在リ他ノ一ハ組合員各自
カ業務ヲ執行スルコトヲ得トスルモノナリ第一ノ主義ハ組合ノ基礎ハ人ニアリトノ主義ヨリシテ定
メタルモノナルヘシト雖モ實際上不便ナルヲ以テ採用スルコトヲ得サルナリ第二ノ主義ハ各員互ニ
委任ヲ爲シタルモノナリトノ推定ニ基キタルモノナルヘシト雖モ如クスレバ往往專斷ニ涉リ却
テ共同事業ノ妨害トナルヘキコトアルヲ以テ是レ亦採用スルコトヲ得サルナリ爰ヲ以テ新民法ハ折
衷主義ヲ設ケ組合員ノ過半数決議ヲ以テ執行スヘキモノト定メタリ（此過半数ト云フハ頭數ヲ云フ
モノトス）尤モ組合ノ常務即チ普通ノ事務ニ至リテハ各員ノ意見抵觸スルコトナカルヘキヲ以テ各
組合員ハ之ヲ專行スルコトヲ得ルモノト爲セリ但其業務ノ終了前ニ於テ他ノ組合員カ異議ヲ述ヘタ
ルトキハ專行スルコトヲ得サルモノナリ

組合契約ニ因リテ一人又ハ數人ノ組合員ニ事務ノ執行ヲ委任スルコトアリ又組合員以外ノ第三者ニ
事務ノ執行ヲ委任スルコトヲ得ヘシ何レノ者ヲ選任スルトスルモ若シ數人ノ業務執行者カ選任セラ
レタルトキハ是レ亦曩キノ場合ト同シク過半数ヲ以テ爲スヘキモノニシテ唯常務ニ付テノミ專行ス
ルコトヲ得ルモノナリ

組合員以外ノ者即チ第三者カ業務執行者トシテ選任セラレタル場合ハ組合契約ヲ以テスルト後ノ契
約ヲ以テスルトト問ハス其法律上ノ關係ハ組合員ト其第三者トノ間ニ委任契約ノ生シタルモノナル
ヲ以テ總テ委任ノ規定ニ從テ處分ス可キモノナリ反之組合契約ヲ以テ組合員中ヨリ業務執行者ヲ選
任シタル時ニ於ケル法律關係ハ委任ヲ以テ論スルノ限ニ非ス是レ此場合ニ於テハ業務執行者ノ選任
ハ組合契約成立ノ一條件ヲ爲スモノナリ換言スレハ組合契約ノ一内容ヲ爲スモノナルヲ以テ組合契
約成立ノ一條件ヲ爲スモノナリ換言スレハ組合契約ノ一内容ヲ爲スモノナルヲ以テ組合契約以外ニ
委任契約アルモノニ非サルナリ爰ヲ以テ隨意ニ執行者ハ辭任スルコトヲ得ヌ又組合員モ隨意ニ其執
行者ヲ解任スルコトヲ得ヌ若シ之ヲ爲シ得ルモノトスレバ一人又ハ數人ノ意見ヲ以テ組合契約ノ基
礎ヲ變更スルニ至リ契約ノ大原則ヲ打破スルニ至ルヲ以テナリ乍併絕對的ニ辭任又ハ解任ヲ許サザ
ルモノトスルハ其當ヲ得タルモノニ非サルヲ以テ執行者タル組合員ハ正當ノ事由アリタルトキハ辭
任スルコトヲ得ヘシ又組合員ハ正當ノ事由アリタルトキハ解任ヲ爲スコトヲ得ヘシ但此解任ヲ爲ス
ニハ解任セラレル組合員ヲ除キタル他ノ組合員一同ノ同意アルコトヲ要スルコト爲セリ是レ解任
セラルル者ノ名譽ニ大ナル關係アルカ故ナリ尤モ反對ノ約款アルトキハ此限ニ在ラス

第三 検査ノ權

組合ノ事業ハ組合全體ノ事業ナルヲ以テ組合員ハ執行員ノ專斷不法ノ行爲ヲ傍觀スルコトヲ得サル
關係ヲ有スルモノナリ爰ヲ以テ業務執行權ナキ組合員ハ業務ノ執行ヲ妨ケサル範圍内ニ於テ業務執
行ノ狀態財産ノ狀況ヲ検査スルノ權ヲ有スルモノトセリ

第四 報酬ノ請求權

組合員中ヨリ選任シテ業務執行員ヲ置キタル場合ニ之ニ報酬ヲ與フルコトヲ約スルモ組合ノ性質ヲ害スルモノニ非ス故ニ此報酬ノ特約アリタルトキハ業務執行者トシテ選任セラレタル組合員ハ報酬ヲ請求スルノ權利ヲ有ス

第五 費用ノ償還及ヒ前拂

業務執行ノ任アル組合員ハ業務執行ニ必要ナル費用ヲ支出シタルトキハ之カ償還ヲ求ムルコトヲ得ヘシ又其前拂ヲ請求スルノ權利ヲ有スルモノナリ

第三項 組合財産

組合財産ハ組合員ノ共有ニシテ各組合員ノ出資及ヒ事務ヲ營ムニ因リテ得タル利益ノ集合ヲ云フ而シテ各組合員ハ持分ヲ有ス從テ解散ノトキハ持分ニ應ジテ分配ヲ受ク但シ支出シタル原物ヲ受取ルヲ得ス

組合カ第三者ニ對シテ負フ所ノ債務ニ付テ組合員各自ノ責任ヲ定ムルコトニ付キ二箇ノ異ナリタル主義アリ一ハ分擔主義ニシテ一ハ連帶主義ナリ連帶主義トスレハ第三者ノ權利ハ強固トナリ隨テ組合ノ信用ヲ保持スル上ニ於テハ利益アリト雖モ斯クスルトキハ組合員ニ對シ過重ナル義務ヲ負擔セシムルニ至リ違ニハ組合員ノ意思ニ背キ組合ノ效力ヲ薄弱ナラシムルニ至ルヲ以テ本法ハ之ヲ採用セシシテ分擔主義ヲ採用セリ即チ各組合員ハ平等均一ノ割合ヲ以テ債務ヲ負擔セサル可カラサルモノトセリ尤モ此分擔主義ハ債權者カ債權發生ノ當時組合員ノ損失分擔ノ割合ヲ知ラサリシトキノミニ限りテ適用

スヘキモノニシテ若シ債權者カ分擔ノ割合ヲ知リタルトキハ其割合以外ニ於テ各組合員ハ返済スルノ義務ニシテ制限シタル理由ハ損失分擔ノ割合ヲ知ル所ノ債權者ハ其割合ヲ標準トシテ債權關係ヲ生シタルモノナルヲ以テ特ニ之ヲ保護スルノ必要ナシ乍併其割合ヲ知ラサル債權者即チ善意ノ債權者ニ對シテハ此均一負擔主義ヲ適用セサルモノトスレハ不測ノ損害ヲ被ムラシムヘキコトアルヲ以テ斯ク定メタルモノトス而シテ以上ノ如ク總組合員カ債務ヲ負擔スル場合ハ總組合員カ共同シテ法律行為ヲ爲シタル場合又ハ業務執行カ組合ニ代リテ法律行為ヲ爲シタル場合ニ生スルノミ

組合ノ財産ハ組合員ノ共有ナリ隨テ組合員各自ノ持分ニ付テハ自由ニ處分シ得ルモノト謂ハサルヲ得ス乍併出資ヲ爲シテ組合ヲ組成スル所以ハ共同事業ヲ營ムニ在ルヲ以テ組合ノ存續中斯カル行為ヲ許ストキハ組合ノ業務ヲ阻害スルニ至リ組合契約ノ目的ニ反スルカ故ニ其處分ハ組合及ヒ組合ト取引シタル第三者ニ對抗スルコトヲ得サルモノト爲セリ又此理由ニ基キテ各組合員ハ組合ノ清算前ニ於テハ組合ノ財産ノ分割ヲ請求スルコトヲ得サルモノトセリ又組合ノ債務者ハ組合員ニ對スル債權ヲ以テ自己ノ負擔セル債務ト相殺ヲ爲スコトヲ許サス是レ相殺ヲ爲スコトヲ許ストキハ之カ爲メニ組合ノ目的ヲ阻害セラルルニ至ルヲ以テナリ又組合員ハ組合ノ債權ヲ以テ自己ノ債權者ニ對シ相殺ヲ主張スルコトヲ得サルハ前段ノ理由ニ徴シテ明白ナリ

第三款 組合ノ終了

第一項 脱退

從來ノ立法例ニ依レハ組合ノ成立ハ人ヲ基本トシテ觀察シタルカ故ニ組合員一人ノ死亡破産又ハ禁治

産等ノ事由生シタルトキハ組合ハ當然解散スヘキモノト爲セリ是レ理論ニ適スルモノナリト雖モ組合員一人ノ爲メ組合全體ノ運命ヲ支配スルハ組合契約ヲ締結シタル當事者ノ意思ナリトスルコトヲ得サルノミナラス實際ニ於テ斯カル主義ハ極メテ不便ナルカ故ニ本法ハ此主義ヲ採用セシテ或組合員ノ脱退ヲ許シ組合全部ノ解散主義ヲ採用セザリシ今脱退ヲ爲スヘキ場合ヲ掲クレハ左ノ如シ

第一 任意ノ脱退

組合契約ヲ以テ組合ノ存続期間ヲ定メサルトキ又ハ或組合員ノ終身ヲ期シテ組合ノ存続スヘキコトヲ定メタルトキハ各組合員ハ自由ニ理由ノ如何ニ不拘又何等ノ理由ナクトモ組合ヲ脱退スルコトヲ得ルモノト爲セリ尤モ一人ノ爲メ組合員全體ノ利益ヲ害スルコトハ許スヘキコトニ非サルヲ以テ已ムコトヲ得サル事由ノ發生シタル場合ハ格別其然ラサルニ於テハ組合ノ爲メ不利益ナル時期ニ於テハ脱退スルコトヲ許サス斯ノ如ク脱退ヲ許シタル理由ハ是等ノ場合ニ於テハ組合ハ幾年間繼續スルヤモ計リ難キニ拘ハラス組合員タルコトヲ欲セサル者ヲシテ之ヲ驅逐スルハ穩當ヲ得タルモノニ非サルヲ以テ斯ク定メタルモノナリ

存続期間ノ定メアルトキハ組合員ハ脱退スルコトヲ得サルヲ以テ原則トス然レトモ已ムコトヲ得サル事由ノ發生シタルニモ拘ハラス尙ホ之ヲ拘束スルハ難キヲ人ニ責ムルモノナルヲ以テ已ムコトヲ得サル事由ノ發生シタルトキハ是レ亦脱退スルコトヲ得ルモノト爲セリ

脱退セントスル組合員カ他ノ組合員全體ニ對シテ脱退ノ意思ヲ表示スルトキハ脱退ノ效力ヲ生スルモノトス

第二 死亡

組合ハ組合員各自ノ信用ヲ基礎トシテ成立シタルモノナルカ故ニ組合員ノ相續人ハ組合員ニ代リテ其位置ヲ占ムルコトヲ許サス故ニ組合員死亡スルトキハ組合ヨリ脱退スルモノトスルハ當然ナリ

第三 破産

組合員カ破産ノ宣告ヲ受クルトキハ財産處分ノ能力ヲ失フノミナラス組合財産ニ對スル其者ノ持分ハ破産財團ニ組入レラルルニ至リ組合ノ性質ヲ害スルニ至ルヲ以テ是レ亦脱退ノ原因ト爲シタルモノトス

第四 禁治産

禁治産ノ宣告ヲ受クルトキハ是レ亦能力ヲ失フモノナルカ故ニ組合脱退ノ事由トスルハ當然ノコトナリトス

第五 除名

除名ハ除名セラルル者ノ爲メモ亦他ノ組合員ノ爲メニモ大ナル關係ヲ惹起スルモノナルヲ以テ之ヲ輕忽ニスヘキモノニアラス爰ヲ以テ法律ハ正當ノ事由アルコト及ヒ他ノ組合員全體ノ承諾アルコトノ二條件ヲ充スニ非スシハ除名ヲ爲スコトヲ得サルモノトセリ正當ナル事由トハ事實問題ニ屬スレトモ其著シキモノヲ例示スレハ組合ノ事業ヲ妨害スルカ如キ又ハ出資ノ義務ヲ盡スコト能ハサルカ如キ狀態ニ立至リタル場合ヲ云フ而シテ除名處分ハ除名ノ決議ヲ爲シタルトキ其效力生スルモノニ非スシテ其決議ヲ除名セラルル組合員ニ通知スルニ非スシハ其者ニ對シテハ其效力生セサルモノトセリ是レ知ラサル間ニ組合員タルノ位置ヲ失ハシムルコトハ除名セラレタル者ノ利益ヲ害スルニ至ルヲ以テナリ

以上述フル所ノ五ケノ場合ニ於テ組合員ハ組合ヨリ脱退スルモノナリ組合員カ組合ヨリ脱退スレハ最早組合ニ對シテハ何等ノ關係ヲ有スルモノニ非サルヲ以テ脱退後ニ於ケル組合ノ權利義務ニ付テハ此者ニ對シテ利害ノ關係ヲ及ホスモノニ非ス隨テ又此者ノ爲シタル行爲ニ付テハ組合ハ何等ノ影響ヲ被ムルモノニ非サルナリ然レトモ脱退スルニ至ルマテノ組合ノ權利義務ニ付テハ關係者ナルヲ以テ他ノ組合員トノ間ニ損益ノ計算ヲ爲ササルヲ得ス即チ法律ノ規定ニ依レハ脱退當時ニ於ケル組合財産ノ狀況ヲ調査シ以テ計算ヲ遂ケ損益ノ決算ヲ爲ササルヘカラサルモノトセリ若シ又其當時ニ於テ事業ノ終了セサルモノアルトキハ其部分ハ終了後ニ於テ計算スヘキモノト爲セリ而シテ脱退シタル組合員ノ持分ヲ返還スヘキ場合ニ於テハ出資ノ種類ノ如何ニ拘ハラズ金錢ヲ以テ拂戻スコトヲ得ルモノトセリ是レ斯ノ如クナササルトキハ組合カ事業ヲ繼續スル上ニ於テ大ナル損害ヲ受クルコトアルヘケレハナリ

第二項 解散

組合ノ解散原因ハ左ノ如シ

第一 存続期間ノ満了

第二 契約ニ於テ定メタル解散事由ノ發生

第三 總組合員ノ一致

以上ノ場合ニ於テ組合ノ解散スヘキコトハ言フヲ俟タサル所ナルヲ以テ我民法ハ明カニ之ヲ規定セサルナリ唯新民法ハ解散スヘキモノナルヤ否ヤニ付キ疑ハシキモノノミヲ規定セリ乃チ規定スル所ノモノハ

第四 目的タル事業ノ成功

目的トシタル事業ノ成功シタル以上ハ最早組合ヲ存続セシムヘキ必要ナキヲ以テ組合ノ解散スルヤ

勿論ナリ

第五 成功ノ不能

目的タル事業カ其效ヲ奏セサルノ事實確實トナリタルトキハ到底初志ヲ達スルコト能ハサルカ故ニ

解散セサル可カラサルモノトスルハ至當ノコトナリ

第六 解散ノ請求

各組合員ハ自由ニ組合ヨリ脱退ヲ爲スコトヲ得ルハ前述シタルカ如シ故ニ其解散ノ請求ヲ爲ス場合ハ極メテ尠シ然レトモ全ク之ヲ禁止スルハ其當ヲ得タルモノニ非サルヲ以テ已ムコトヲ得サル事由ノ發生シタルドキハ各組合員ハ解散ヲ請求スルコトヲ得ルモノト爲セリ此請求ヲ爲スノ方法ニ付テハ或ハ裁判所ノ命令ヲ受クヘキモノナリトスルモノアルトモ本法ハ組合當事者ニ對スル意思表示ニ因リテ爲スヘキモノトセリ尤モ已ムコトヲ得サル事實ノ生シタルモノナルヤ否ヤニ付キ爭アリテ他ノ組合員ノ一致ヲ缺キタル時ハ裁判所ニ訴テ提起シテ其判斷ヲ求ム可キコトハ勿論ナリ

組合ノ解散ハ組合契約ノ解除ナリ契約ノ解除ナルモ其效力ハ既往ニ遡ラシメスシテ唯將來ニ向テノミ效ヲ生スルモノト爲セリ是レ契約解除ノ通則ニ從ハシムルハ當事者ノ意思ニ背クノミナラス原狀ニ回復セシムルコトハ到底不能ノコトナルヲ以テナリ

組合解散スレハ組合ノ財産ヲ清算セサル可カラス即チ清算トハ組合ノ債權ヲ取立テ債務ヲ辨濟シ組合財産ノ狀況ヲ確定シテ損益ヲ決算スルノ手續ナリ乃チ財産分配ノ前提行爲ナリ而シテ之ヲ爲ス者ハ組

合契約ニ於テ定メラルヲ以テ普通ト爲スモ若シ定メラレタル清算人ナキ時ハ組合員共同ニテ之ヲ爲スカ又ハ組合員ノ過半数ニ因リテ定メタル者ヲシテ爲サシムルモノナリ
組合契約ヲ以テ組合員ヨリ清算人ヲ選定シタルトキハ其清算人ハ安リニ辭任スルコトヲ得ス又解任セラルルモノニ非ス其理由ハ業務執行者ノ性質ニ付テ前述シタルカ如シ又清算人數名アリタルトキハ清算事務ハ過半数決議ニテ爲スヘキモノナリ清算人ノ職務ハ組合ノ事務ヲ終了セシムルニアルヲ以テ其目的ヲ達スルカ爲メ必要ナル行爲ハ總テ之ヲ爲スコトヲ得ルモノトス即チ法人解散ノ場合ニ於テ設ケラレタル清算人ノ職務權限ト同一ナリ他ノ語ヲ以テ謂ヘハ債權ノ取立、債務ノ辨濟、殘餘財産ノ分配及ヒ是等ノ目的ヲ達スルカ爲メニハ或ハ換價處分ヲ爲シ或ハ訴訟行爲ヲモ爲スコトヲ得ルナリ
清算人カ組合財産ヲ計算シテ剩餘アリタルトキハ各組合員ノ出資ノ割合ニ應ジテ之ヲ分配スヘキモノナリ是レ之ヲ平等分配トスレハ其間ニ不公平ヲ生スルヲ以テナリ

第十三節 終身定期金

第一款 終身定期金ノ意義

終身定期金トハ當事者ノ一方カ自己相手方又ハ第三者ノ死亡ニ至ルマテ定期ニ相手方又ハ第三者ニ金錢其他ノ物ヲ給付スルコトヲ約スル契約ナリ之ヲ分析スレハ左ノ如シ
第一 此契約ハ定期ニ給付ヲ爲スコトヲ約スルモノナリ
是レ即チ年、半年若クハ月ト謂フカ如ク一定ノ期間ニ因リテ給付ヲ約スルモノナリ故ニ或事項ノ發生毎ニ給付ヲ爲スヘキコトヲ約スルモノハ定期金契約ニアラス例ヘハ病氣ニ罹リタル度毎ニ療養費

ヲ給與スルコトヲ約スルカ如キ是ナリ而シテ其給付ヲ受クル者ハ相手方若クハ第三者ナリ第三者カ受益者ナルトキハ本法第五三七條ノ規定ニ依ルヘキモノナリ

第二 給付スヘキ目的物ハ金錢其他ノ物ナルコトヲ要ス

終身定期金ノ目的トシテハ金錢ヲ給付スルヲ以テ普通トスルモ特ニ金錢ニ限定スヘキ理由ナキヲ以テ新民法ハ金錢若クハ他ノ物ト定メタリ爰ヲ以テ權利ハ物ニ非ナルヲ以テ此契約ノ目的ト爲スコトヲ得サルナリ蓋シ金錢又ハ有價物ニ非スンハ此契約ニ於テ權利者カ受クヘキ利益ヲ完全ニ取得セシムルコト能ハサルカ故ナリ

第三 自己又ハ他人ノ生命ヲ限度トシテ給付ノ義務ヲ負フモノナリ

概ネ此契約ニ於テハ定期金契約ノ終身ヲ限度トスルヲ以テ常ト爲スモ自己若クハ他人ノ生命ヲ限度トシテ之ヲ定ムルモ定期金契約ノ成立ヲ妨クルモノニ非ス

以上ノ定義ニ依リテ此契約ノ性質ヲ考フレハ此契約ハ一ノ射倖的契約ナリ即チ契約當事者ノ損益カ契約締結ノ當時未確定ナレハナリ又此契約ハ有價ナルコトアリ無價ナルコトアリ無價ナル場合トハ何等ノ報酬ヲ受クルコトナク此給付ヲ負フ場合ニシテ有價ナル場合トハ債務者カ相手方ヨリ報酬ヲ受クル場合ヲ云フ此報酬ヲ名ケテ元本ト云フ

此契約ノ實用ヲ按スルニ生涯ノ生活ノ資本ニ不足ヲ告クル者カ一時ニ元本ヲ提出シテ此契約ト交換シ以テ老後ノ安全ヲ計ルカ爲メニ最も必要ナリ蓋シ此契約ニ於ケル債權者ハ元本ヲ提出シタルトキト雖モ其元本ノ返還ヲ請求スルコトヲ得サルモノナレトモ貸金關係ト異ナリテ制限利子ノ額ニ超過スル年金ノ給付ヲ約スルコトヲ得ルカ故ニ小資本ヲ以テ永久ニ利益ヲ享受スルノ得アリテ老後ノ營ミヲ爲ス

爲メニハ最モ必要ノコトナリ然レトモ退キテ之ヲ考フレハ又弊害ナキヲ得ス即チ人ノ怠慢ニ陥ラシムルノ弊ヲ生スルト又自己ノ安逸ノミヲ貪リ一家子孫ノ計ヲ爲ササルカ如キ弊害ヲ伴フモノナルヲ以テ法律上之カ規定ヲナスニハ深ク此點ニ注意ヲ爲ササル可カラサルナリ

第二款 終身定期金契約ノ效力

終身定期金契約ニ於テ定メラレタル定期金ハ總令元本ヲ受取リタルトキト雖モ其元本ニ對スル果實ニ非ス然レトモ其性質相類似スルカ故ニ總令月若クハ年ヲ以テ期ト定メラレタルトキト雖モ日割ヲ以テ計算スヘキモノト爲セリ例ヘハ一月三十一日ニ債權者カ死亡シタルトキハ年額ノ三百六十五分ノ三十一ナリトス尤モ當事者ノ意思カ月割ヲ以テ年金ヲ計算スルモノトナルトキハ月ノ半ニ於テ死スルモノケ月分ヲ支拂フヘキモノトス

定期金ノ元本ヲ受ケタル債務者カ定期金支拂ノ義務ヲ怠リ若クハ其他ノ義務ヲ履行セサルトキハ權利者ハ契約ノ解除ヲ爲シ元本ノ返還ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ尤モ此解除タルヤ履行ノ催告等ヲ必キ要トセス此點ニ付キ舊民法ハ解除ノ權利ヲ留保セサルトキハ債權者ハ解除スルコトヲ得サルモノトセリ其理由トシテ債務者ハ其債務ヲ免カレンコトノ希望ヲ有シテ定期金ヲ支拂フモノナリ然ルニ一タ酷之ヲ怠リタルトノ故ヲ以テ契約ハ直チニ解除セラレ元本ヲ返還セサルヘカラサルモノトスルハ其タ酷ナレハナリト謂フニ在リ然レトモ謂フ所ノ酷ナル事項ハ義務ヲ履行セサルカ爲メ自ラ招キタル所ノ不牽ナルヲ以テ之ヲ保護スルノ必要ナシ加之此契約ノミニ限リ一方ノ義務不履行アルニ拘ハラス相手方ノ有スル解除權ヲ奪フノ道理ナキヲ以テ本法ハ斯ク改メタルモノナリ然レトモ權利者ニ於テ元本ノ全

部ノ返還ヲ求ムルコトヲ得ルモノトシ自己ハ既ニ受取リタル定期金ヲ返還スルニ及ハサルモノトスルトキハ解除ノ爲メ不當ノ利得ヲ得ルニ至ルヲ以テ既ニ受取リタル定期金ハ債務者ニ返還セサルヘカラス尤モ此定期金全部ヲ返還スヘキモノトスレハ又債務者ヲシテ元本ノ利息ヲ不當ニ利得セシムルニ至ルヲ以テ元本ノ利息ヲ控除シタル殘額ヲ返還スルヲ以テ足ルモノトセリ此場合ニ於テ受取リタル定期金ハ利息ヲ附シテ返還スルコトヲ要セサルモノト爲シタル理由ハ債務者ノ不履行ヨリ來ル解除ノ爲メ債權者ヲシテ不利ナル地位ニ陥ラシムルヲ避ケンカ爲メナリ

以上述べタルカ如ク雙方共ニ返還ノ義務ヲ負フモノナルヲ以テ此義務ヲ履行スルニ付テハ其公平ヲ得セシメンカ爲メ雙務契約履行ノ通則ヲ準用スヘキモノト定メタリ

終身定期金契約ハ契約ニ於テ目的トセラレタル人ノ死亡ニ因リテ消滅スルコト前述シタル所ノ如シ然ラハ此人ノ死亡ハ債務者ノ義務消滅ノ時ナルヲ以テ此人ノ壽天ハ債務者ノ爲メニハ利害ノ關係尠カラズ爰ヲ以テ無謀ノ債務者ハ此人ノ死亡ニ其原因ヲ與フルコトナキヲ保セス故ニ法律ハ此點ヲ處リテ一ノ規定ヲ爲セリ乃チ債務者ノ責ニ歸スヘキ事項ニ因リテ契約存続期間ノ目的トセラレタル人カ死亡シタル時ハ裁判所ハ債權者又ハ其相續人ノ請求ニ因リテ相當ノ期間存続スヘキコトヲ定ムルコトヲ得ルモノトセリ是レ斯ノ如クナササルトキハ不當ノ原因ヲ以テ債務者ヲ利得セシムルカ故ナリ爰ニ所謂債權者ノ責ニ歸スヘキ事由トハ目的人ノ死因ハ債務者ノ故意又ハ過失ニ基キコトヲ謂フ故ニ權利行使ノ結果死ニ致シタル場合ハ爰ニ包含セサルモノト解セサル可カラズ

債權者カ死亡シテ存続期間ノ目的トシテ定メラレタル人カ生存スル場合ニ於テハ債權者ノ相續人ハ其債權ヲ承繼スヘキモノナルヤ否ヤノ問題ハ解説一定セサレトモ余ノ信スル所ニ依レハ此契約設定ノ當

事者ノ意思ヲ推測シテ解釋セサル可カラサルモノトス即チ債權者ノ相續人ニ移轉スヘキモノナリトノ特別ノ意思見エサルトキニ於テハ債權者ノ死亡ニ因リテ契約ハ終了スヘキモノト信スレバ債權者其人ノ生計ヲ助クル爲メニ此契約ヲ締結スルヲ以テ普通トスレハナリ

以上ノ如ク債權者又ハ其相續人ノ權利ノ存續期間ヲ定ムルコトヲ求ムルノ權利アレトモ若シ之ヲ欲セサルトキハ義ニ述ヘタル契約解除權ヲ行使スルコトヲ得ルモノナリ
本章ヲ終ルニ臨ミ一言スヘキコトハ終身定期金設定ノ方法ニ關スル規定ナリ終身定期金ハ生前行為ニシテ契約ヲ以テ爲スヲ常トスレトモ亦遺贈ニ因リテ之ヲ爲スコトヲ得是レ遺贈ヲ以テ之ヲ爲スヲ禁スルノ理由ナケレハナリ而シテ遺贈ヲ以テ設定シタルトキモ前述シタル規定ヲ準用スヘキモノナリ

第十四節 和解

第一款 和解ノ意義

和解トハ當事者カ互ニ讓歩ヲ爲シテ其間ニ存スル所ノ爭ヲ止ムルコトヲ約スルモノナリ之ヲ分解スレハ左ノ如シ

第一 當事者間ニ權利關係ニ付テ爭ノ存スルコトヲ必要トス

抑、和解ノ目的ハ平和ヲ維持シナカラ權利義務ノ確在ヲ定ムルモノナルヲ以テ爭ナキニ和解ヲ爲スノ必要ナシ是レ爭ノ存スルコトヲ必要トスル所以ナリ爰ヲ以テ將來ニ爭ノ起ランコトヲ豫想シテ豫メ契約ヲ爲スコトアルモ和解ト謂フコトヲ得ス尤モ其爭ハ爭フヘキ事由ノ存スルヤ否ヤ爭フヘキコトノ正當ナルヤ否ヤヲ問フニ及ハサルナリ又爭ニ係ル權利關係ハ財産上ノモノニ限ラス財産ニ關セ

サルモノモ亦和解ノ目的トナリ得ヘシ

第二 當事者互ニ讓歩ヲ爲スコトヲ要ス

即チ權利ヲ有スト主張スル一部ヲ拋棄シ負擔セスト主張スル義務ノ履行ヲ承認スルコトヲ謂フ又或ハ全部ヲ拋棄シ全部ヲ承認スルモ相手方ニ他ノ給付ヲ爲スコトヲ約スルトキハ是レ亦讓歩ト謂フコトヲ得ヘシ斯ノ如ク當事者各自カ互ニ讓歩ヲ爲スニ非スハ和解契約ハ成立セサルモノナリ故ニ一方ノミカ讓歩ヲ爲スハ和解ニ非シテ拋棄、認諾トナルモノトス

以上ノ意義ニ依リテ其性質ヲ考フレハ諾成契約ニシテ有償契約ナリ何トナレハ意思ノ合致ノミニ依リ成立シ互ニ讓歩スルモノナルヲ以テナリ

和解ハ仲裁契約トハ異ナル仲裁契約ハ爭アル當事者カ第三者ヲシテ其爭ヲ判斷セシムルコトヲ約スルモノニシテ其判斷ニハ雙方ノ讓歩ヲ必要トスルモノニアラス

第二款 和解ノ效力

和解契約成立スレハ當事者間ニ存在シタル爭ヲ除却スルモノナリ故ニ再ヒ其權利關係ニ付テハ爭ヲ爲スコト能ハサルモノナリトス爰ヲ以テ其權利關係ニ付キ訴訟ヲ提起シテ再ヒ之ヲ爭ハントスルトキハ相手方ハ和解契約ノ成立ヲ以テ防禦方法ト爲スコトヲ得ルモノナリ

和解ノ效力ハ附與の行為ナルヤ認定の行為ナルヤト云フニ古來立法例學說一致セズ附與の行為トハ和解以前ニハ何等ノ權利ナキ者カ和解ニ依リテ一ノ權利ヲ得タリト看做スヘキコトヲ謂フモノニシテ認定の行為トハ和解ニ依リテ定マリタル權利ハ和解以前ヨリ之ヲ有セシモノト認定スルモノヲ謂フ此性

質ノ異ナルニ依リテ隨テ生スル所ノ結果モ亦同シカラサルモノナリ例ヘハ和解ヲ認定のナリトスレハ互ニ擔保ノ義務生セサルモ附與の行爲ナリトスレハ互ニ擔保ノ義務ヲ負ハサル可カラス此二個ノ說ハ何レニスルモ多少ノ缺點ナキヲ得ス何トナレハ認定のモノトスレハ和解ノ效力ヲ減シ當事者ヲシテ不利ヲ被ラシムルニ至ルコトアリ又附與のトスレハ和解ニ依リテ權利ヲ得タルモノトナルヲ以テ事實ニ反スルコトアルニ至ルヘシ爰ヲ以テ本法ハ之カ折衷主義ヲ採用セリ即チ和解ニ依リテ當事者ノ一方カ權利ヲ有スルモノト認メラレタル場合ニ於テ其權利ヲ有スルノ確證出テタルトキハ始メヨリ之ヲ有スルモノト爲セリ即チ認定ノ效力ヲ附シタルモノナリ之ニ反シテ始メヨリ權利ヲ有セサル確證出テタルトキハ和解ニ依リテ權利ヲ取得シタルモノトナシ附與の行爲ナリト爲セリ又和解ニ於テ相手方カ權利ヲ有セサルモノト認メラレタル場合ニ於テ其權利ヲ有セサル確證出テタルトキハ和解ヲ以テ認定のモノトセリ之ニ反シテ權利ヲ有シタルシ確證出テタルトキハ其權利和解ニ因リテ消滅シタルモノトシ即チ附與のト爲セリスノ如クセハ和解ハ事實ニ反セスシテ能ク當事者ヲ保護スルコトヲ得ヘシ又一タヒ和解成立シタル以上ハ和解ニ於テ認メラレタル事實ト反對ナル事實ノ確證カ發見セララルモ之ヲ理由トシテ和解契約ノ取消ヲ求ムルコトヲ得サルナリ蓋シ和解ノ目的ハ爭ヲ止ムルニ在ルヲ以テナリ

民法債權編(第二章第二節)終
乃至第十四節

法學士 鈴木喜三郎 講述

民法債權編

(第二章第二節)
乃至第十四節

完

法政大學發行

民法債權編(第二章第二節) 目次

第二節 贈與	一
第一款 贈與ノ意義	一
第二款 贈與ノ性質	三
第三款 贈與ノ種類	四
第四款 贈與ノ效果	五
第五款 贈與ノ取消	七
第三節 賣買	八
第一款 賣買ノ意義	八
第二款 賣買ノ種類	二
第三款 賣買ノ豫約	三
第四款 手附	六
第五款 賣買契約ノ費用	七
第六款 賣買ノ效力	八
第一項 賣主ノ義務	一八

第一目 他人ノ財産權ヲ賣買シタル場合ニ於ケル義務	一八
第二目 追索擔保ノ義務	一九
第三目 瑕疵擔保ノ義務	二六
第四目 必要擔保並ニ特約ニ於ケル擔保	二八
第五目 保存ノ義務	三〇
第六目 引渡ノ義務	三〇
第二項 買主ノ義務	三一
第一目 代金支拂ノ義務	三一
第二目 利息支拂ノ義務	三三
第七款 買戻	三四
第一項 買戻ノ意義	三四
第二項 買戻ノ效力	三七
第三項 買戻權行使ノ方法	三九
第四節 交換	四二
第五節 消費貸借	四四
第一款 消費貸借ノ意義	四五

第二款 消費貸借ノ效果	四七
第六節 使用貸借	五一
第一款 使用貸借ノ意義	五一
第二款 使用貸借ノ效力	五三
第三款 使用貸借ノ消滅原因	五六
第七節 質貸借	五七
第一款 質貸借ノ意義	五七
第二款 質貸借ノ制限	五九
第三款 質貸借ノ效力	六一
第一項 總論	六一
第二項 質貸人ノ義務	六二
第三項 質借人ノ義務	六四
第四款 質貸借ノ終了	六九
第八節 雇傭	七二
第一款 雇傭契約ノ意義	七二
第二款 雇傭契約ノ效力	七四

第三款 雇傭契約ノ終了	七六
第九節 請負	七九
第一款 請負ノ意義	八〇
第二款 請負ノ效力	八一
第一項 注文者ノ義務	八二
第二項 請負人ノ義務	八二
第三款 請負ノ終了	八五
第十節 委任	八五
第一款 委任ノ意義	八六
第二款 委任ノ性質	八七
第三款 委任ノ效力	八九
第一項 受任者ノ義務	八九
第二項 委任者ノ義務	九一
第四款 委任ノ終了	九三
第五款 準委任	九五
第十一節 寄託	九五

第一款 寄託ノ意義	九五
第二款 寄託ノ種類	九七
第三款 寄託契約ノ效力	九七
第一項 受寄者ノ義務	九七
第二項 寄託者ノ義務	一〇〇
第四款 不規則寄託	一〇〇
第十二節 組合	一〇一
第一款 組合ノ意義	一〇一
第二款 組合契約ノ效力	一〇三
第一項 組合員相互ノ義務	一〇三
第二項 組合員相互ノ權利	一〇五
第三項 組合財産	一〇八
第三款 組合ノ終了	一〇九
第一項 脫退	一一〇
第二項 解散	一一二
第十三節 終身定期金	一一四

第一款	終身定期金ノ意義	一一四
第二款	終身定期金契約ノ效力	一一六
第十四節	和解	一一八
第一款	和解ノ意義	一一八
第二款	和解ノ效力	一二九

民法債權編(第二章第二節)目次終

如何トナレハ本人ノ利益ト爲ラサレハナリ即チ利益現存セリト云フコトヲ得サレハナリト云ハシ然レトモ予ノ信スル所ニ據レハ是レ謬レリ蓋シ成年ニ達シ且精神ニ異狀ナキ者カ金錢ヲ受取リタル場合ニ於テハ縱令之ヲ浪費スルモ其金員ヲ受取リタルカ爲メニ浪費シタルモノト謂フコトヲ得ス若シ其金員ナキトキハ他ノ金員ヲ浪費スヘキヲ以テ之ヲ浪費シタル者ハ他ノ財産ヲ節約シ其利益ヲ受ケタルモノト看サルヘカラス故ニ受取リタル金員自體ヲ遺失シ或ハ盜奪セラレタル場合ヲ除外總テ受取リタル金額ヲ返還セサルヘカラス是レ固ヨリ當然ノ事ニシテ殆ト常識ニ於テモ明カナル所ナリ故ニ「現ニ」ト云ヘル文字ヲ加フルトキハ或ハ疑ヲ招クヘシトシ遂ニ之ヲ削除セリト雖モ第七百二條第三項ノ場合ト實際毫モ異ナルコトナシ唯茲ニ一ノ注意ヲ要スルハ無能力者カ法律行爲ヲ取消シタル場合ト他ノ場合ト異ナルヤ否ヤニ在リ未成年者カ或法律行爲ヲ爲シ後日之ヲ取消シタルトキハ其行爲ハ初ヨリ無効ナリシモノト看做スカ故ニ初ヨリ法律行爲ナキニ等シ故ニ此法律行爲ノ履行トシテ授受シタル物アルトキハ原因ナクシテ授受シタルモノト視サルヘカラス而シテ此返還ノ義務ハ即チ不當利得ヨリ生スル義務ナリ隨テ此場合ニ於テモ等シク第七百三條ヲ適用スヘキモノナリ然ルニ之ニ付テハ第二百一一條ニ明文アリ曰ク「取消シタル行爲ハ初ヨリ無効ナリシモノト看做ス但無能力者ハ其行爲ニ因リテ現ニ利益ヲ受ケル限度ニ於テ償還ノ義務ヲ負フ」ト而シテ相手方カ受ケタル物ニ付テハ何等ノ規定ナキカ故ニ返還セシテ可ナルカ如シト雖モ決シテ然ラス普通ノ原則ニ依リ返還セサルヘカラス唯無能力者ニ付テノミ特ニ此規定アルハ特別ノ理由ナカルヘカラス他ナシ無能力者カ浪費シタルモノハ大抵返還セシテ可ナリトノ意味ヲ此中ニ包含セシメタルナリ例ヘハ未成年者カ金貸ヲ業トスル者ヨリ金員ヲ借受ケテ之ヲ浪費シ後日其貸借契約ヲ取消ストキハ其浪費シタルモノハ返還セシテ可ナリトノ意ニシ

テ文字ハ多少不明ナルモ解釋トシテ疑ヲ容レズ而シテ未成年者、準禁治產者等ノ爲シタル貸借ヲ取消サシムル理由ハ此等ノ無能力者ハ思慮淺薄ニシテ動モスレハ高率ノ利息ヲ諾スルカ爲メニ非ス如何ニ低利ニシテ殆ト無利息ノ如キ場合ニ於テモ等シク取消スコトヲ得ヘキモノニシテ是レ畢竟借用シタル金員ヲ浪費スル虞アルカ爲メナリ然ラズンハ普通ノ不當利得ノ場合ノ如ク盜難ニ遭ヒ若クハ遺失シタル證據アルモノハ格別然ラサル場合ニ於テハ常ニ受取リタル金額ヲ返還セサルヘカサルヲ以テ特ニ第二百一十一條ノ但書ヲ置クノ理由ナシ例ヘハ賣主カ賣買ヲ取消シタル場合ニ於テ買主カ代價ヲ支拂ヒタルトキハ賣主ハ第七百三條ノ規定ニ依リ其代價ヲ返還スル義務アルコト恰モ無能力者カ其行爲ヲ取消シタル場合ト異ナルコトナシ然レトモ未成年者、浪費者等ノ無能力者ハ恰モ他人ヨリ受取リタル金錢ヲ浪費スルカ如キ虞アルヲ以テ自己ノ任意ニ取結ヒタル契約ト雖モ之ヲ取消スコトヲ得ルモノトセルカ故ニ此場合ニ於テハ浪費シタルモノハ返還セスシテ可ナリトセサルヘカラス是レ解釋上毫モ疑ナキ所ナリト信ス然ルニ茲ニ「現ニ利益ヲ受クル限度」ト云ヘル文字ヲ使用セルヲ以テ第七百三條ニ同一文字ヲ用フルトキハ解釋不明ト爲ルノ虞アリトシ「現ニ」ト云ヘル文字ヲ削除スルヲ可トシタルレトモ單ニ之ノミニ因リテ其區別ヲ明カニスルコトヲ得ス或ハ第二百一十一條ノ規定ハ其用語不十分ナルヤモ知ルヘカラス（尙ホ第三十二條第二項ノ場合ニ於テモ實際普通ノ不當利得ノ場合ト其適用ヲ異ニスヘシ）

以上ヲ以テ第七百三條ノ原則ヲ説明シ了レリ第七百三條ノ原則ハ不當利得ノ外債務ノ原因ナキ場合ノミ適用アルモノナリ語ヲ換ヘテ言ヘハ善意ニテ利得ヲ爲シタル場合ニノミ適用アルモノニシテ例ヘハ他人ノ財産ヲ自己ノ財産ト信シテ利用シ又ハ所有者ノ知ラサル間或ハ所有者ノ意思ニ反シテ他人カ

物ニ工作ヲ施シ是ニ因リテ所有者カ利益ヲ受ケタル如キ場合或ハ又債權者ニ非サル者ニ對シ債務者ニ非サル者カ誤テ辨濟ヲ爲シ之ヲ受ケタル者モ債權アル如ク思惟シテ之ヲ受取リタル如キ場合ハ總テ不當利得ノ外ニトシテ債務ノ原因ナキモノナリ之ニ反シ若シ其利得者カ惡意ナルトキハ如何此場合ニ於テハ不當利得ノミニ問題ニ非ス之ニ不法行爲加ハレリ即チ此場合ニ於ケル債務ノ原因ハ第一ニ不當利得第二ニ不法行爲ニシテ二箇ノ原因ヨリ債務ヲ生ス隨テ其債務ノ範圍ハ右ニ述ハタル所ニ止マラス若シ何等ノ規定ナシトセハ不當利得トシテ現ニ受ケル利益ヲ返還シ而シテ尙ホ其行爲ニ因リテ相手方ニ加ヘタル損害ヲ賠償セサルヘカラス其賠償額ハ普通不法行爲ノ場合ニ於ケル如ク爭アレハ結局裁判所ニ於テ定ムルコトト爲ルヘシ而シテ裁判所ハ一定ノ標準ヲ有セサルヲ以テ縱令何程多額ニ之ヲ見積ルモ少額ニ之ヲ見積ルモ法律問題ト爲ラス即チ上告ノ理由ト爲ラス隨テ極メテ不安心ナルモノナリ是故ニ立法者ハ此場合ニ於テハ利得者一定ノ利益ヲ受ケタル事實アルヲ以テ其事實ヲ標準トシテ賠償ノ額ヲ定ムルトキハ中ラスト雖モ遠カラサル實損害ノ賠償ヲ爲サシムルコトヲ得ヘク裁判官ノ認定ニ一任セシヨリハ比較的誤謬少カラント認メ第七百四條ノ規定ヲ設ケタリ曰ク

惡意ノ受益者ハ其受ケタル利益ニ利息ヲ附シテ之ヲ返還スルコトヲ要ス尙ホ損害アリタルトキハ其賠償ノ責任ス

此場合ニ於テハ現ニ存スル利益ヲ見スシテ初ニ受ケタル利益ヲ見其利益ハ今ハ全ク滅失シ毫モ殘存セサルモ敢テ問フコトナシ例ヘハ初メ千圓ノ利益ヲ受ケタリトセハ先ツ之ヲ返還セシム何トナレハ惡意者カ之ヲ受取ラサルトキハ相手方ハ現ニ其利益ヲ有スルナラント推測スヘキヲ以テ其受ケタル利益ハ全部返還シ尙ホ利息ヲ附スヘキモノトセリ他ナシ若シ其財産アルトキハ之ヲ利用シ金錢ノ普通ノ利息

即チ民法ニ依レハ年五分ノ利ニ相當スル利益ヲ受クヘシ蓋シ金錢ナルトキハ勿論立法者ハ之ヲ法定利息ニ利用スルコトヲ得ルモノト看做セリ又他ノ財産ト雖モ多クハ之ヲ金錢ニ換フルコト容易ナルヲ以テ何時金錢ニ代ハリシヤモ知ルヘカラス然ラハ當然之ニ相當スル利益ヲ受クヘク又縦合之ヲ金錢ニ換ヘサルモ略ホ法定利息ニ相當スル利益アルモノト看テ可ナリ故ニ其受ケタル利益ニ利息ヲ附シテ返還スルコトヲ要スルモノトセリ金錢ハ其計算容易ナルモ他ノ財産ニ付テハ其價格ヲ評價シ而シテ其評價額ノ利息ヲ拂ハシム而シテ返還スル利益ハ金錢以外ノ財産ニテモ可ナリ例ヘハ誤テ米百俵ヲ受取り其米現存セルトキハ五百圓ナルヲ以テ年五分ノ利ハ即チ二十五圓ナリ若シ又物品カ既ニ現存セス例ヘハ俵五圓ナルトキハ五百圓ナルヲ以テ年五分ノ利ハ先ツ其價額ヲ金錢ニ換ヘテ之ヲ返還シ而シテ其利息一旦受取りタル米ヲ他ヘ賣却シタル場合ニ於テハ先ツ其價額ヲ金錢ニ換ヘテ之ヲ返還シ而シテ其利息ヲ拂フコトト爲ルヘシ即チ立法者ハ少クトモ右ノ額ニ相當スル損害アリタリトシ之ヲ賠償スヘキモノトシタリ然レトモ時トシテハ一層損害多キコトアリ例ヘハ其金錢ナキ爲メ高利ヲ拂ヒテ他ヨリ金錢ヲ借用シ且商業上幾許ノ損害ヲ被リ或ハ他ヘ拂フヘキ金錢アルモ之ヲ支拂フコト能ハサル爲メ違約金ヲ拂ハサルヘカラスナルニ至リ又ハ損害賠償ヲ拂ハサルヘカラスナルニ至リシ場合ノ如キハ之ヲ賠償セサルヘカラス他ノ財産ニ付テモ同シ此等ノ場合ニ於テハ爭アレハ裁判所ニ於テ其額ヲ評定スルノ外ナキモ其標準ノ範圍狹隘ト爲リ之ニ付キ如何ナル評定ヲ爲スモ被害者ハ元本ト利息トヲ失フコトナキヲ以テ甚シキ損害ヲ被ルコトナク非常ナル不公平ノ結果ヲ見ルコトナシ是レ本條ノ規定アル所以ナリ人或ハ此規定ハ純然タル不法行為ノ規定ナルモ便宜上此處ニ掲ケタルモノナリト説カンモ是レ頗ル謬レル見証ニシテ本條ノ場合ハ實ニ不當利得ト不法行為トノ集合シタルモノナリ其結果トシテ次ノ解釋ヲ

生ズ曰ク不法行為ニ因ル損害賠償ノ義務ニ付テハ第七百二十四條ニ特ニ之カ時効ノ規定アリ之ニ依レハ債權者カ請求權アルコトヲ知リテヨリ三年ヲ經ハ其權利時効ニ罹ルモノトセリ此規定ハ第七百四條ノ場合ニハ適用ナシ第七百四條ノ規定ハ不法行為ニ因ル損害賠償ノ請求權ノミニ非ス故ニ是レ普通ノ原則ニ依リテ十年ノ時効ニ罹リ三年ノ時効ニ罹ルコトナシ又其起算點ハ權利發生ノ時ニ在リ尙ホ第七百四條ヲ適用スルニ付テハ權利者ニ於テ相手方ノ惡意ナリシコトヲ證明セサルヘカラス惡意ノ證明ナキ限リハ第七百三條ノ規定ニ依リ現存スル利益ノミヲ請求スルコトヲ得ルニ過キス

以上ハ總テノ不當利得ノ場合ニ通スル規定ナリ以下非債取戻ノ場合ニ付キ説明セシ
非債取戻ノ場合モ亦其原則ニ於テハ一般ノ不當利得ノ場合ト異ナルコトナク上ニ述ヘタル惡意ノ證據アルトキハ所謂債權者ハ受取りタル物ノ全部、若シ其物カ現存セザルトキハ其價額ノ全部ニ利息ヲ添ヘテ返還シ尙ホ相手方カ損害ヲ受ケタル證據アルトキハ之ヲモ賠償セサルヘカラス其他ノ場合ニ於テハ現受ケタル利益ヲ返還スヘキモノトス故ニ金錢ト雖モ盜難ニ遭ヒ若クハ遺失シタル證據アルトキハ之ヲ返還スルコトヲ要セス他ノ財産ニ付テハ殊ニ然リ要スルニ現受ケタル利益ノミヲ返還スルハ足レリ故ニ此點ニ付テハ法律ニ於テ特ニ明文ヲ置クノ必要ナシト雖モ唯之ニ牽連シテ種種ノ問題ヲ生

ス
先ツ債務ナキ場合ニ辨濟ナルモノ有リ得ヘカラスナルヲ以テ其辨濟ハ眞ノ辨濟ニ非ス故ニ是レ多クハ錯誤ヨリ生スルモノナリ是故ニ外國ノ法律ニハ羅馬法ヲ首メ錯誤ヲ以テ非債取戻ノ一要件トセルモノアリ然レトモ我民法ハ此ノ如キ主義ヲ採ラス現ニ甲乙間ニ債務關係ナキニ拘ハラズ甲カ辨濟ト稱シテ乙ニ或給付ヲ爲シタル場合ニ於テハ毫モ錯誤ノ證據ヲ要セス單ニ債務ノ存セザルコトヲ證明スルトキハ

之カ取戻ヲ爲スコトヲ得ヘシ然レトモ辨濟者カ惡意ナリシ證據アルトキハ如何即チ辨濟者カ債務ナキコトヲ知リシトキハ如何苟モ其辨濟者カ精神錯亂セルニ非サル以上ハ債務ナキニ辨濟トシテ給付ヲ爲シ後日之ヲ取戻サント欲スルモ得ヘカラス寧ロ辨濟者ハ相手方ニ無價ノ利益ヲ與フル意思アルモノト視サルヘカラス而シテ名ヲ辨濟トシタルハ或ハ法律ニ暗キ爲メナルカ或ハ爲メニスル所アリシヤモ知ルヘカラス例ヘハ既ニ時効ニ罹リシ債務ニ付キ消滅時効ノ完成セルコトヲ知レルニ拘ハラス其債務ノ辨濟トシテ或給付ヲ爲シタリトセンニ法律上ヨリ觀レハ是レ辨濟ニ非スシテ一ノ贈與ナリ故ニ之ヲ取戻スコトヲ得ス時トシテハ法律ヲ知レル者ト雖モ贈與ノ名ヲ以テスレハ先方ニ於テ之ヲ受ケサルヘキヲ察シ債務カ既ニ消滅セルコトヲ知レルニ拘ハラス其債務ノ辨濟トシテ之ヲ與ヘ或ハ法律上義務ナキ場合例ヘハ賭博ヨリ生シタル債務ハ法律上成立セサルコトヲ知レルニ拘ハラス若シ贈與ナリト曰ハシカ相手方カ之ヲ受ケサルコトヲ察シ故ラニ賭博ノ債務ヲ辨濟スルト稱シ之ヲ與フルコトアリ此ノ如キ場合ニ於テ後日ニ至リ之カ取戻ヲ請求スルコトヲ得サルヤ當然ナリ尤モ此事タル他ニ牽連セル問題アルヲ以テ後ニ詳説スヘシト雖モ其問題ヲ離レ第七百五條ノ適用トシテ此ノ如キ場合ニハ取戻ヲ爲スコトヲ得ス即チ佛民法或ハ我舊民法ノ如ク法律行為ニ原因ヲ必要トスル法律ノ下ニ於テハ是レ頗ル錯難シタル問題ニシテ予カ右ニ言ヘル如ク贈與成立スルモノト謂フコトヲ得ス佛民法及ヒ我舊民法ニ於テハ贈與ノ成立スルニハ恩惠ヲ施ス意思ナカルヘカラス故ニ時効ニ因リテ消滅シタル債務ナルコトヲ知リテ辨濟ヲ爲スハ贈與ニ非ス賭博ニ因リテ負ヒタル債務ナルコトヲ知リテ之ヲ辨濟スルモ亦贈與ト爲ラス而シテ舊民法等ニ於テハ時効ニ因リテ債務ノ消滅シタル後ニハ自然義務存セリト云ヘリ(財産編第五七〇條)故ニ舊民法ヨリ言ヘハ此場合ニ於テハ贈與ナクシテ自然義務ノ辨濟アルモノトシテ取戻

ヲ爲スコトヲ得サル結果ト爲ルヘシ又賭博ノ負債ヲ辨濟スル如キ場合ハ舊民法ニ於テハ自然義務モ存セサルヲ以テ此場合ニ於テハ假ニ他ノ原因ニ依リテ取戻スコトヲ得サルコトナシトモ其取戻ヲ爲スコトヲ得ヘシト謂ハサルヘカラス即チ財産編第五百六十六條ニハ「不法ノ原因ノ爲メ無効ナル合意ハ自然義務ヲ生スルコトヲ得ス」トアリ尙ホ財産取得編第六十二條第一項ニ前條ノ場合ノ外博戲及ヒ賭事ハ自然義務ヲ生セス」トアリ唯同條第二項ニ「然レトモ右博戲又ハ賭事ニ因ル有能力者ノ任意ノ辨濟ハ之ヲ取戻スコトヲ許サス」トアルヲ以テ右ノ賭博ノ場合ノ如キハ舊民法ニ於テハ取戻ヲ爲スコトヲ得サルモ是レ別箇ノ原因ニ由リ取戻スコトヲ得サルノミニシテ右ニ述ヘタル理論ヨリスレハ取戻スコトヲ得サルヘカラス然ルニ新民法ニ於テハ他ノ理由ナキモ取戻スコトヲ得サルモノトセリ第七百五

條ニ曰ク

債務ノ辨濟トシテ給付ヲ爲シタル者カ其當時債務ノ存在セサルコトヲ知リタルトキハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス

以上ハ全然債務ノ存セサル場合ニシテ是ニハ宇宙間ニ全ク債務存セサル場合及ヒ甲ト乙トノ間ニ債務存スルモ他ノ者ノ間ニ債務存セサル場合アリ例ヘハ甲カ乙ニ對シ或債務ヲ負ヒ人違又ハ其他ノ原因ニ由リ誤テ丙ニ對シテ辨濟ヲ爲シタリトセンニ甲ト丙トノ間ニハ債務關係ナキヲ以テ是レ非債取戻ヲ爲スコトヲ得ヘキ場合ナリ又反對ノ例ヲ言ヘハ乙カ債權者ニシテ甲カ債務者ナルニ丁ナル者誤テ自己ニ其債務アリト信シ乙ニ辨濟ヲ爲シタリトセンニ此場合モ亦同様に非債取戻ヲ爲スコトヲ得ヘシ唯此場合ニ辨濟者カ惡意ナルトキハ大抵代理辨濟ト爲ルヘシト雖モ是レ當事者ノ意思ニ依リテ定マルモノニシテ代リテ辨濟ヲ爲ス意思アリシヤ否ヤハ事實問題ナリ而シテ後ニ論スル點ニ付テハ全然何人ノ間ニ

モ債務存セザリシ場合ト或人ノ間ニ債務存セシモ其人ノ間ニ債務存セザリシ場合トニ因リ差違アリト雖モ右ニ述ヘタル所ニ付テハ其間ニ區別ヲ爲スノ要ナシ

是ヨリ進ミテ債務ハ同一人間ニ存スルモ期限附又ハ條件附ナル場合ニ於テ期限ノ到來前又ハ條件ノ成就前辨済ヲ爲シタルトキハ之ヲ取戻スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ヲ論スヘシ

先ツ條件附ノ場合ハ始ト疑ヲ容レスト信ス殊ニ我民法ハ條件ノ效力既往ニ遡ラストノ主義ヲ採レルヲ以テ條件ノ成就スルマデハ未タ債務ヲ生セス一種ノ條件附義務ハ存スルモ金ヲ拂フ債務其他物ヲ與フル債務ナク其債務ハ條件成就ノ時ニ至リ始メテ發生スルモノナリ然ルニ之カ辨済ヲ爲シタリトセンカ是レ全ク宇宙間ニ債務ナキ場合ニ辨済ヲ爲シタルト異ナルコトナシ故ニ其取戻ヲ爲スコトヲ得ルハ論ナク若シ條件成就スルトキハ此ニ始メテ辨済ヲ爲セハ可ナリ債權者ニ於テ其辨済シタルモノヲ抑留スルコトヲ得ス是レ明文ヲ待タスシテ疑ナキ所ナリ

次ニ期限附ノ場合ハ如何之ニ付テハ從來一般ニ行ハル主義ニ依レハ期限附債務ナルモノハ初ヨリ債務ノ存在セルモノニシテ唯其履行ノ時期未タ到來セサルノミ故ニ此場合ニ於テハ非債ナリト云フコトヲ得ス隨テ之カ辨済ハ取戻スコトヲ得スト云ヘリ是レ羅馬法已來ノ原則ナリト雖モ予ヲ以テ觀レハ大ニ誤レリ蓋シ漠然債務アリト言ヘハ債務存スルコト勿論ナルモ十年ノ後ニ至リ辨済スヘキ債務ハ今日直チニ辨済スヘキ債務ト同シカラス唯期限ノ到來セサルコトヲ知リテ辨済ヲ爲シタリトセハ期限ノ利益ヲ拋棄シタルモノト視ルヘキヲ以テ問題ト爲ラス尤モ時トシテハ期限カ債務者ノ利益ノ爲メニ存スルコトアリ此場合ニ於テハ債務者ハ期限ヲ拋棄スルコトヲ得スト雖モ辨済ヲ受クル者ニ於テ之ヲ拋棄シタルモノト視ルコトヲ得ヘシ故ニ此場合ニ於テ取戻ヲ請求スルコトヲ得サルハ論ナシ又辨済者カ善

意ノ場合ト雖モ期限ノ利益カ債權者ノ爲メニ存スルトキハ等シク問題ト爲ラス何トナレハ債權者カ期限ノ利益ヲ拋棄シタルモノト視ルヘケレハナリ故ニ問題ト爲ルハ唯辨済者カ善意ニシテ期限ノ利益カ其者ノ爲メニ存スル場合ニ於テ既ニ期限到來セリト誤解シ或ハ期限附ノ債務ヲ無期限ノ債務ト誤解シタル爲メ辨済ヲ爲シタル後之ヲ發見シタルトキナリトス予ハ此場合ニ於テハ取戻ヲ爲スコトヲ得サルヘカラスト信ス何トナレハ十年ノ後ニ辨済ヲ爲セハ可ナル債務ヲ誤テ辨済シタルモノナルヲ以テ之カ取戻ヲ爲スコトヲ得サルノ理ナケレハナリ而シテ之カ爲メニ債權者ニ手數ヲ掛ケ損害ヲ生シタルトキハ其損害ヲ賠償スルハ足レリ之カ爲メニ其辨済シタルモノヲ取戻スコトヲ得サル謂レナシ換言スレハ債權者ハ未タ受取ルヘキ權利ヲ有セサルカ故ニ若シ漠然債務アリト云フカ爲メニ之ヲ受取ルトキハ不當利得ト爲ルヘシ人或ハ曰ハン若シ返還セハ期限ニ至リ再ヒ辨済ヲ爲ササルヤモ知ルヘカラスト然レトモ此ノ如キ懸念アラハ初ヨリ期限ヲ與ヘサルニ如カス即チ債權者ハ初メ債務者カ誤テ期限前ニ辨済スルコトヲ豫期セサルヘキヲ以テ果シテ十年ノ後辨済ヲ爲スヤ否ヤ固ヨリ測リ知ルヘカラスト即チ何時無資力ト爲ルカ知ルヘカラスト故ニ其危險ヲ憂フル以上ハ初ヨリ期限ヲ與ヘサルニ如カス(法律上ノ期限附債務モ亦其理ハ同シ)元來期限附債務ハ頗ル危險ナルモノニシテ其債權者ハ其危險ヲ甘受セサルヘカラスト然ルニ債務者ノ誤解ノ爲メ債權者カ利益ヲ受クルハ是レ不當利得ナリ故ニ予ハ之ヲ取戻スコトヲ得サルヘカラスト信シテ疑ハサルモ新民法ニ於テ不幸ニシテ此說ヲ取ラス第七百六條ニハ普通ノ俗說ヲ採用シ取戻スコトヲ得サルモノトセリ同條ニ曰ク

債務者カ辨済期ニ在ラサル債務ノ辨済トシテ給付ヲ爲シタルトキハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス但債務者カ錯誤ニ因リテ其給付ヲ爲シタルトキハ債權者ハ之ニ因リテ得タル利益ヲ

返還スルコトヲ要ス

唯此取戻權ニ一ノ制限ヲ附セリ故ニ非常ナル不公平ノ結果ニ陷ルコトナシ即チ右ノ但書ノ規定是ナリ而シテ其給付シタル物カ金錢ナルトキハ債權者ハ必ス之ニ因リテ利益ヲ受クヘシ即チ銀行ニ預ケテ利息ヲ得ヘク殊ニ他人ニ貸與セハ一層多クノ利息ヲ生スヘシ故ニ金錢ナルトキハ利息ヲ拂フコトヲ爲リ利率ニ疑アルトキハ法定利息ヲ拂フコトヲ爲ルヘシ又他ノ財産ト雖モ債權者ハ等シク其給付ニ因リ利益ヲ受クルコトヲ爲ルヘシ例ヘハ商品ニシテ債權者カ直チニ之ヲ賣却シ其代價ヲ利用シタル場合ノ如キハ少クトモ法定利息ヲ拂ハサルヘカラス又商品ニ非サルモ事實之ヲ賣却シ代價ヲ利用シタル證明アルトキハ等シク之ヲ返還セサルヘカラス故ニ甚シキ不公平ノ結果ヲ見サルヘシ然リト雖モ利益ヲ受ケタルコトハ債務者ニ於テ之ヲ立證セサルヘカラス是レ實際ニ於テハ頗ル困難トスル所ナリ

以上ヲ以テ辨濟期前ニ於ケル辨濟ニ關スルモノヲ説丁セリ次ニ辨濟ヲ受ケタル者ハ眞ノ債權者ナルモ之ヲ爲シタル者カ債務者ニ非サル場合ニ付キ説明スヘシ

此場合ニ於テモ非債取戻アルヘキハ論ナシ蓋シ所謂債務者ハ眞ノ債務者ニ非ス故ニ辨濟ヲ爲スモ眞ノ辨濟ニ非サルハナリ尤モ先ニ一言シタル如ク若シ其辨濟カ惡意ニ出テタルトキ即チ自己ノ債務ニ非サルコトヲ知リテ爲シタルモノナルトキハ或ハ第七百五條ニ依リ返還ヲ請求スルコトヲ得ヌ或ハ代理辨濟ト爲リテ返還ヲ求ムルコトヲ得サルヘシト雖モ錯誤ニ因ルトキ即チ善意ナルトキハ本則トシテハ之カ取戻ヲ請求スルコトヲ得ヘシ唯例外トシテ之カ爲メニ債權者カ眞ノ債務者ニ對スル請求權ヲ失ヒ又ハ眞ノ債務者ニ對スル請求カ困難ト爲リタル場合ニ於テハ之ヲ返還セシテ可ナリ是レ第七百七條第一項ニ規定セル所ナリ曰ク

債務者ニ非サル者カ錯誤ニ因リテ債務ノ辨濟ヲ爲シタル場合ニ於テ債權者カ善意ニテ證書ヲ毀滅シ擔保ヲ拋棄シ又ハ時効ニ因リテ其債權ヲ失ヒタルトキハ辨濟者ハ返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヌ
債權者ノ惡意ナル場合ニ於テハ自己ノ債務ニ非サルコトヲ知リテ之ヲ受取リタルモノナルカ故ニ之ヲ返還セサルヘカラスト雖モ善意ナル場合ハ然ラス而シテ此場合ノ中ニハ或ハ其辨濟者カ眞ノ債務者ナルコトヲ信スルコトアリ又債務者ノ爲メニ代理辨濟ヲ爲スモノナリト信スルコトアリ右ノ就レノ場合ニ於テモ債權者カ善意ニテ證書ヲ不用ナリトシテ之ヲ毀滅シタル後辨濟者カ返還ヲ請求スルモ之ニ應スルコトヲ要セス何トナレハ之ヲ返還スルトキハ後日眞ノ債務者ニ請求ヲ爲スニ至リ既ニ之カ證據ナシ故ニ若シ此場合ニ於テ取戻ヲ許ストキハ自稱債務者ノ過失ニ因リ罪ナキ債權者カ損害ヲ受クルコトト爲ルヘシ蓋シ此場合ニ於テハ雙方善意ナルモ債務者ヨリ誤テ辨濟ヲ爲シタルモノニシテ人情ノ常態ヨリ言ヘハ誤テ物ヲ受クルヨリ誤テ物ヲ與フル方過失多シト謂ハサルヘカラス況ヤ我新民法ハ辨濟ハ債務者ヨリ債權者ノ住所ニ其目的物ヲ持參スルヲ本則トセルカ故ニ或人カ自ラ債務者ナリト稱シ辨濟ヲ爲ストキハ債權者カ之ヲ信スルハ當然ニシテ故ナク物ヲ與フルモノトハ信セス某債務ノ辨濟ナリトシテ或物ヲ持參セハ其人ヲ債務者又ハ其代理人ナリト信スルニ非サレハ之ヲ代理辨濟ナリト信スルハ固ヨリ當然ナリ故ニ過失ハ寧ロ債務者ニ在リト謂ハサルヘカラス故ニ此場合ニ於テハ債權者ニ損害ヲ被ラシムルコトヲ得ヌ擔保ヲ拋棄シタル場合モ亦然リ保證人アリシモ既ニ辨濟ヲ受ケタル故ニ必要ナリトシテ保證人ヲ免除シタリトセン或ハ抵當アリシモ既ニ不用ナリトシテ其登記ヲ抹消シ質物ヲ占有セシモ之ヲ返還シタリトセン又或ハ既ニ辨濟ヲ受ケタルヲ以テ時効ノ中断ヲ爲ス必要ナシトシ其手續ヲ爲ササリシ場合ニ於テ時効ノ期間經過後ニ至リ其取戻ニ遭フトキハ眞ノ債務者ニ對シ請求ヲ爲スモ

時効完成セルヲ以テ其請求ニ應セサルヘシ此ノ如クハ債權者ハ故ナク損害ヲ受クルヲ以テ其取戻ヲ許サストシタルハ當然ノ規定ナリ但此場合ニ於テ證書ヲ毀滅シタル爲メ返還ヲ爲スコトヲ要セスト云フハ前ノ辨濟ヲ有效トスルカ爲メナリ故ニ眞ノ債務者ノ義務モ之ニ因リテ消滅シ隨テ眞ノ債務者ハ不當利得ヲ爲スカ故ニ辨濟者ヨリ不當利得返還ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス擔保ヲ拋棄シタルカ爲メ辨濟ヲ有效トスル場合モ亦同一ナリ要スルニ此等ノ場合ニ於テハ其辨濟者ハ代理辨濟ヲ爲シタルト同一ノ結果ト爲ルヘシ即チ第七百七條第二項ニ曰ク
前項ノ規定ハ辨濟者ヨリ債務者ニ對シテ求償權ノ行使ヲ妨ケス
以上ヲ以テ債務者ニ非サル者カ債權者ニ對シテ辨濟ヲ爲シタル場合ヲ説キ了レリ次ニ不法ノ原因ニ因ル給付ノ場合ニ付キ説明セシ

「不法ノ原因ニ基ク給付」トハ例ヘハ甲乙賭博ヲ爲シ甲敗テ取リタル爲メ乙ニ對シ金若干ヲ支拂ヒタル場合ノ如キヲ謂フ賭博ハ素ト國法ノ禁スル所ニシテ不法ナルコト論ヲ俟タルカ故ニ之ニ因リテ權利義務ヲ生スヘキ謂レナク甲ハ債務ナクシテ辨濟ト同様ノ行爲ヲ爲シ法律上ノ原因ナクシテ給付ヲ爲シタルモノナリ隨テ此場合ハ前ニ述ベタル非債取戻ノ場合ニ屬スルカ故ニ取戻ノ請求ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス又例ヘハ甲ナル者乙カ人ヲ殺スノ意思アルコトヲ知リ之ヲ抑止セント欲シ汝若シ殺意ヲ離サハ吾汝ニ金百圓ヲ與ヘント告ケ乙之ニ應ジタル爲メ甲ハ金百圓ヲ乙ニ與ヘタリトセン外國ニ於テハ多少議論アリト雖モ我民法ハ第三百三十二條ニ「不法ノ條件ヲ附シタル法律行爲ハ無効トス不法行爲ヲ爲サルヲ以テ條件トスルモノ亦同シ」ト規定シ暗ニ右ノ如キ場合ニ不法ノ原因アルモノト認メタリ即チ受益者ニ不法ノ原因アルモノトス蓋シ人ヲ殺スヘカラサルハ人ノ本分ニシテ其本分ヲ守リ殺人

ト云ヘル不法ナル行爲ヲ爲サルカ爲メニ報酬ヲ受クルハ公ノ秩序ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス何トナレハ惡事ヲ爲サルカ爲メニ報酬ヲ受クルハ畢竟惡事ヲ利用シテ報酬ヲ受クルモノナレハナリ故ニ此場合ニ於ケル百圓ノ給付ハ不法ノ原因ニ基クモノニシテ全然債務ナキニ辨濟ヲ爲シタルモノナリ隨テ之カ取戻ヲ爲スコトヲ得サルヘカラス是レ理論ニ於テ毫モ疑ナキ所ナリト信ス故ニ若シ別段ノ規定ナシトセハ不當利得ノ一般ノ規定ニ依リ受益者ニ返還ノ義務ヲ生スヘク唯多クノ場合ニ於テ第七百五條ノ適用ヲ受ケンミ即チ同條ニハ「債務ノ辨濟トシテ給付ヲ爲シタル者カ其當時債務ノ存在セサルコトヲ知リタルトキハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス」トアリ而シテ多クノ場合ニ於テハ給付ヲ爲ス者ハ法律上自己ニ債務ナキコトヲ知ルヘケレハナリ然レトモ總テノ場合ニ於テ然リト謂フコトヲ得ス何トナレハ第一、不法原因ニ由ル給付ハ必シモ辨濟トシテ其給付ヲ爲スニ限ラス現ニ實例ノ存スル所ニシテ又將來ニ於テモ生スルコトアルヘキハ或人カ破産若クハ家資分散ヲ爲スニ際リ財産ヲ隱匿スル爲メ之ヲ他人ノ名義ニ改メ且之ヲ引渡スコトアリ此場合ニ於テハ財産ノ隱匿ヲ目的トシテ其財産ヲ交付スルモノナルカ故ニ不法ノ原因ニ基ク給付ナルコト論ナシト雖モ敢テ辨濟トシテ交付シタルニ非ス隨テ第七百五條ノ適用ヲ受ケス第二、縱令辨濟トシテ給付シタル場合ト雖モ辨濟者カ義務ナキコトヲ知ラサルコトアリ例ヘハ無教育ノ人又ハ他ノ教育アルモ法律上ノ知識皆無ナル人ハ賭博ニ因リテ義務ノ生セサルコトヲ知ラサルコトアリ即チ賭博ハ刑法ニ依リ罰セラルルコトヲ知ルモ約束シタル義務ハ履行セサルヘカラスト思惟スルコトアリ故ニ賭博ノ債務ノ辨濟トシテ金錢ヲ支拂フコトナシトセシ況ヤ前例ノ他人ヲシテ惡事ヲ中止セシメンカ爲メ金錢ヲ支拂フ約束ヲ爲スカ如キハ違法ニ非スト信スル者法律家中ニモ絶無ナリトセシ故ニ債務存立セリトシテ辨濟ヲ爲スコトアリ得

ヘシ隨テ常ニ第七百五條ノ適用アリト謂フコトヲ得ス之ヲ要スルニ若シ不法ノ原因ニ由ル給付ニ關シ何等ノ規定ナシト假定セハ第七百五條ノ適用ヲ受クル場合ノ外取戻ヲ爲スコトヲ得ト謂ハサルヘカラス而シテ予ハ是レ實ニ當然ノ事ナリト信ス法律ノ禁スル事項ハ權利義務ヲ生セサルヲ以テ其不法原因ニ基キ給付ヲ爲シタルハ全ク原因ナキ給付ニシテ返還ヲ求ムルコトヲ得サルヘカラス又法律ノ目的ヨリ言フモ法律ノ禁スル事項ハ力メテ實際ニ行ハレシメサルコトヲ期セサルヘカラス即チ未タ給付ヲ爲ササル前ニ於テハ相手方ヨリ其給付ヲ求ムルコトヲ得サルモノトシ縱令一旦給付ヲ爲シタル後ニ於テモ之ヲ取戻スコトヲ得ルモノトスルヲ以テ法律ノ目的ニ適スルモノトセサルヘカラス尙ホ此間接ノ結果トシテ不法ノ契約ハ直チニ履行ヲ求メサルハ後日履行ヲ爲スモ亦取戻サルル虞アルヲ以テ自ラ此ノ如キ契約ヲ爲ス者ナキニ至ルヘシ即チ法律ノ目的ハ一層達セラルルノ結果ヲ見ルヘシ要スルニ理論上不法原因ノ存スル場合ハ債務アラサルヲ以テ其辨濟トシテ給付シタルモノハ返還セサルヘカラス他ノ一方ニ於テハ實際上之ヲ取戻スコトヲ許ストキハ不法ナル行為ノ行ハレ難キ結果ヲ生スルカ故ニ予ハ之ニ關シ特別ノ規定ヲ要セスト思惟セリ然ルニ世上反對論ヲ持スル者多ク羅馬法ノ如キモ多少不明ノ點アルモ反對ノ主義ヲ執レルニ似タリ隨テ今日ニ於テモ明カニ反對說ヲ取レル國アリ又明文ナキ國ニ於テモ多少疑問ト爲レリ現ニ佛蘭西ノ如キハ明文ノ存スルモノナキモ學者ニ因リ又裁判例ニ因リテハ此ノ如キ給付ハ其返還ヲ求ムルコトヲ得ストセリ尤モ或特別ノ場合ニ存スルモノナシトセス即チ賭博ニ付テハ特別ノ明文ヲ置ケル例少カラズ佛蘭西ニ於テモ特別ノ明文アリ然レトモ普通ノ場合ニ於テハ果シテ其返還ヲ求ムルコトヲ得ルヤ否ヤ蓋シ不法行為ト不法ノ原因ニ因ル給付トハ相同シカラス隨

テ不法行為ニ基キ訴訟ヲ提起スルコトヲ得サルヲ理由トシテ不法ノ原因ニ因ル給付ノ取戻ヲ拒ムコトヲ得スト説ク學者多シ故ニ佛蘭西等ニ於テハ昔時ハ反對說頗ル勢力アリシモ今日ニ至リテハ學說ノ多數又裁判例ノ多數ハ予ノ説ト同一ノ見解ヲ取レリ然ルニ我新民法ハ舊民法ト同シク反對說ヲ取ルニ至リシハ予ノ甚ダ遺憾トスル所ナリ第七百八條ニ曰ク「不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲シタル者ハ其給付シタルモノハ返還ヲ請求スルコトヲ得ス但不法ノ原因カ受益者ニ付テハ存シタルトキハ此限ニ在ラス」

即チ前例賭博ノ場合及ヒ破産又ハ家資分散ノ場合ハ本文ニ依リテ支配セラレ惡事ヲ中止セシムル爲メ或給付ヲ爲スコトヲ約シタル場合ハ但書中ニ包含セラル

今此規定ヲ設ケタル理由ヲ簡單ニ説明センニ不法ナル行為ハ法律ノ禁スル所ナルヲ以テ一切法律ノ保護ヲ受タルコトヲ得ス今不法ノ原因ニ基キテ給付ヲ爲シタル者カ之ヲ取戻スコトヲ得ルモノトセハ裁判所ニ於テ自己ハ不法ナル事ヲ爲シ之ニ基キテ給付ヲ爲シタルモ其行為ハ元來不法ニシテ無効ナルカ故ニ被告ハ其返還ヲ爲スヘシトノ裁判ヲ求ムトノ請求ヲ爲スヘク鐵面皮モ亦甚シト謂ハサルヘカラス自ラ不法行為ヲ爲シ之ヲ理由トシテ訴ヲ起スカ如キハ斷シテ許スヘカラスト云フニ在リ是レ一應俗耳ニ入リ易キ説明ニシテ我邦ニ於テ法典ノ未タ施行セラレサル前ニ既ニ有名ナル角石事件等ニ付キ我裁判所モ此說ヲ取レリ即チ新聞紙ノ報スル所ニ據レハ角石ト呼ブ店舗アリ頗ル資産ヲ有セシカ明治十年頃ト記憶ス突然身代限ヲ爲シ其際約十萬圓ノ財産ヲ番頭ノ名義ト爲セリ而シテ其身代限ノ處分ハ頗ル複雑極メ殆ト十年ノ歲月ヲ經テ漸ク落著告ケ債權者ハ極メテ少額ナル配當ヲ受ケシカ當時未成年者ナリシ角石ノ當主ハ其後ニ至リ屢ニ名義上財産ヲ讓渡シタル番頭ニ對シ財産ノ返還ヲ求メシカ事件

終ニ大審院ニ至リ結局番頭ノ勝訴ニ歸シタリト聞ク而シテ其理由トスル所ハ角石ノ店舗ニ於テ財産ヲ隱匿シタルハ惡事ナリ即チ其惡事ニ基キ番頭ニ財産ヲ與ヘタルモノニシテ眞ニ讓渡ノ意思ナク隱匿ノ方法ニ過キサリシモノトスルモ之ヲ理由トシテ取戻ヲ請求スルコトヲ得スト云フニ在リシカ如シ然レトモ予ハ之ヲ以テ太シキ隱見ナリト信セリ何トナレハ右ノ場合ニ於テハ原告ハ敢テ不法ノ原因ニ由リテ訴ヲ起スモノニ非ス若シ隱匿ニ關スル契約ノ履行ヲ求ムルモノトセハ是レ固ヨリ不法ナルモ今ハ然ラス唯不法ノ行為ニ因リテ引渡シタル財産ノ返還ヲ求ムルニ過キ又裁判所ニ於テ不法ナル事實ヲ陳述シテ請求ヲ爲スコトヲ得ストセハ單ニ其財産カ十年前角石ノ所有ニ屬セシコトヲ證明シ其後曾テ贈與ヲ爲サス又賣買契約ヲモ爲ササルヲ以テ角石ノ財産ナリト主張センニハ毫モ不法ナル事項ヲ主張スルコトヲ要セス此場合ニ於テ被告タル番頭カ之ヲ拒マント欲セハ却テ隱匿ノ方法トシテ自己カ受取リタルモノナルヲ以テ返還ノ義務ナシ即チ不法行為ニ因リテ受ケタル給付ナルヲ以テ返還セスト主張セサルヘカラス隨テ被告寧ロ鐵面皮ナリト謂ハサルヘカラス即チ他人ヨリ預レル財産ヲ横領スル爲メニ鐵面皮ニモ隱匿ト云ヘル惡事ヲ自己ト原告ト二人ニテ爲シタルヲ以テ返還セスト主張スルコト爲リ是レ却テ法律ノ許スヘカラス所ナラスヤ況ヤ裁判所ニ於テ自己ノ醜事ヲ援用スルコトヲ得サルノ理ナキニ於テテヤ例ヘハ未タ履行セサル不法契約ノ履行ヲ當事者ノ一方ヨリ求メタルトキハ其契約ハ不法ナルヲ以テ履行ノ責ナシト主張スルコトヲ得ルコトハ人ノ臂ヲ爭ハサル所ナリ然ルニ此場合ニ於テハ原告ハ敗訴シ被告ハ不法ノ事項ヲ主張シタル爲メ勝訴ト爲ルニ非スヤ故ニ給付ヲ爲シタル時不法ノ原因アリシ爲メ不當利得ヲ爲スモノナリト云フハ甚タ謬レル見解ナリ即チ前例ニ付テ云ヘハ履行前ニ於テハ甲ノ利益ト爲リ履行シタル後ニ於テハ乙ノ利益ト爲リ實ニ事理ニ反スルモノト謂ハサルヘカラス

ス仍テ第七百八條ノ規定ハ頗ル其當ヲ得サルモノト信スルモ若シ其理由ヲ問ハハ右ニ述フル所ニ外ナラス而シテ但書ヲ加ヘタル所以ハ不法ノ原因カ受益者ニ付テノミ存スル場合例ヘハ前例ニ於テ人ヲ殺サントシタルハ即チ不法ニシテ之ヲ中止セシムル爲メニ金錢ヲ與フルコトヲ約シタル契約ハ契約全體ハ不法ナリト雖モ之ヲ與フル者ニ不法アルニ非ス寧ロ奇特ノ行為ト謂フヘキノミ而シテ此場合ニ於テハ不法ノ原因ノ爲メ權利義務ハ生セサルヲ以テ若シ給付ヲ爲シタルトキハ之カ取戻ヲ請求スルコトヲ得ヘキナリ

茲ニ第七百八條ノ場合ニ第七百十九條ノ適用如何ノ問題アリ是ハ第七百十九條ニ至リ説明スヘキモ茲ニ簡單ニ一言セハ第七百十九條ニ據レハ數人カ共同シテ不法行為ヲ爲シタル場合ニ其一人カ損害賠償ヲ拂ヒタルトキハ他ノ者ニ對シ求償權ヲ有ス即チ此場合ニ於テハ負擔部分ノ定アルヘキ理ナキヲ以テ平等ノ割合ニ據リ二人ナルトキハ各自二分ノ一、三人ナルトキハ三分ノ一ニ付キ求償權ヲ行フコトヲ得ヘシ是レ第七百十九條ニ連帶責任アルコトヲ規定セルカ故ニ解釋上疑ヲ容レスト信ス(第四四二條)而シテ此場合ニ於テ求償權ヲ行フニ付テハ如何ナル事實ヲ主張スルカ原告ハ被告ト共ニ不法行為ヲ爲シタル爲メ損害賠償ヲ支拂ヒタルヲ以テ被告ニ向ヒ其一部分ノ求償ヲ爲ス旨ヲ主張スルヤ疑ナシ而シテ法律ハ其請求ヲ許シ償還ヲ命ス然ルニ第七百八條ノ場合ニ於テ法律カ其請求ヲ許ササルハ太々權衡ヲ失スルモノト謂フヘシ

第五章 不法行為

不法行為トハ他人ノ權利ヲ侵シ由テ以テ損害ヲ生セシムルヲ謂フ即チ不法行為ノ要素ハ二アリ權利侵

犯及ヒ損害是ナリ此二者アルニ非サレハ民法ニ所謂「不法行為」アラス換言スレハ債權ノ發生スヘキ不法行為アラス蓋シ英法等ニ於テハ權利侵犯ノ事實アル以上ハ縱令損害ヲ生スルコトナキモ尙ホ賠償ノ訴ヲ起スコトヲ得ルモノトセルモ歐洲大陸諸國ニ於テハ何レノ國モ此ノ如キ主義ヲ採用セス佛蘭西、獨逸等ニ於テハ明カニ反對ノ主義ヲ取リ必ス二箇ノ要素ナカルヘカラストセリ然ルニ英法學者ハ英法ノ主義ヲ可ナリトスルモ予ハ頗ル其了解ニ苦シメリ蓋シ單ニ權利侵犯ノミアル場合ニ於テモ全ク法律ノ救済ナキニ非ス例ヘハ他人カ予ノ宅地ニ侵入シタリトセンニ敢テ損害ヲ生シタリト云フコトヲ得サルモ予ハ法律ニ訴ヘテ其者ヲ逐斥スルコトヲ得ヘク且其者カ更ニ同一ノ權利侵犯ヲ爲ス處アルトキハ裁判所ニ請求シテ此ノ如キ行為ヲ禁止セシムルコトヲ得ヘシ又家宅ニ侵入セハ何等ノ損害ナキ場合ト雖モ利法ノ制裁ヲ受クヘシ然リト雖モ是レ敢テ損害賠償ノ原因ト爲ラス他ナシ此等ノ場合ニ於テハ賠償スヘキ損害ナケレハナリ此ノ如キ場合ニ付キ英國等ニ於テハ有名無實ノ金額ヲ賠償セシムルコトアリト聞クモ是レ全ク沿革ニ由ルモノニシテ羅馬法ニ於テモ昔時ハ民事ノ訴訟ニ在リテハ金錢ノ外請求スルコトヲ得サリシカ歐洲大陸ニ於テハ漸次法律ノ進歩スルニ隨ヒ金錢以外ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルニ至リ且任意ニ其辨濟ヲ爲ササルトキハ強制シテ其辨濟ヲ爲サシムルニ至レリ故ニ權利侵犯ノ場合ニ於テモ單ニ其侵犯ノ事實ノミ存スルトキハ直接ニ其侵犯ヲ防止スルコトヲ得ルト雖モ英國法ノ如キハ進歩セルニ拘ハラス尙ホ舊思想ヲ脱セサルモノニシテ權利侵犯ノ救済法トシテ必ス損害賠償ヲ請求スヘキモノトセルハ予ハ實ニ謂レナキコトト信ス現ニ我法典調查會ニ於テモ英法學者ト他ノ法律家トノ間ニ非常ナル議論アリタリシカ終ニ損害ヲ以テ賠償義務ノ要件トスルコトヲ爲レリ

所謂「權利侵犯」ニ於ケル權利ハ如何ナル權利ヲ指スカ之ニ付テモ種種ノ說アリ我民法ニ於テモ單ニ

「權利」トアルカ故ニ總テノ權利ヲ包含スルカ如キ觀アルモ予ハ然ラスト信ス先ツ財產權中ニモ債權ヲ侵害シタル場合ハ所謂「不法行為」中ニ包含セサルカ如シ例ヘハ予カ債務ノ履行ヲ爲ササルトキハ債權者カ損害ヲ受クルハ勿論ニシテ而モ債權者ノ權利ヲ侵犯セルコト疑ナシト雖モ是レ所謂「不法行為」ノ範圍ニ屬セサルヲ以テ特ニ第四百十五條以下ニ其規定アリ次ニ公法上ノ權利モ此中ニ入ラスト信ス即チ公權侵害カ直チニ此訴權ヲ生セシムルコトナシト信ス蓋シ公權ナルモノハ權利者ノ私益ニ關シテ生セルモノニ非ス即チ權利者一人ノ利益ノ爲メニ存スルモノニ非スシテ寧ロ各自ヨリ見レハ義務ニ屬スルモノナリ其著シキ例ヲ示セハ選舉權ハ一種ノ權利ナルコト論ナシト雖モ各人ノ利益ノ爲メニ存スルニ非ス隨テ選舉權ヲ賣ルカ如キハ固ヨリ不法ナリ即チ第九十條ノ適用ヲ受クル一ノ場合ナリ果シテ然ラハ選舉人ノ爲メニハ私益ニ非スシテ寧ロ其義務ニ屬セリ即チ選舉場ニ至リテ選舉ヲ爲スハ其義務ナリ故ニ例ヘハ選舉人カ選舉場ニ至ラントスルヲ妨碍シ至ルコト能ハサラシメタルトキハ是レ權利ノ侵犯ナルモ爲メニ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ス之ニ付キ英國ニ於テハ嘗テ選舉人カ選舉場ニ至ラタラシメタル場合ニ於テ縱令其者カ選舉ヲ爲スモ爲メニ選舉ノ結果ニ何等ノ影響ヲ及ボササルコト明カナリシニ拘ハラス裁判所ハ妨害者ニ損害賠償ヲ命シタリト聞ケリ然レトモ我民法ノ損害賠償ニ關スル原則ハ縱令其妨害カ選舉ノ結果ニ影響ヲ及ボス場合ト雖モ其適用ナキモノト信ス何トナレハ民法ハ私權保護ノ法律ナレハナリ

不法行為ハ從來犯罪、準犯罪ト稱セリ此名稱ハ歐洲ニ於テハ沿革ノ存スル所ニシテ羅馬法以來此語ヲ使用セリ隨テ民事犯罪、刑事犯罪ト云ヘル區別ヲ生シタリ即チ「犯罪」トハ故意ニ損害ヲ加ヘタル場合ヲ謂ヒ「準犯罪」トハ過失、懈怠即チ損害ヲ加フル意思ナクシテ損害ヲ加ヘタル場合ヲ謂ヒ「犯罪」準犯

罪ト云ヘル語ハ今日ニ於テモ學者ニ因リテ用フル者アリ故ニ民事犯罪ト刑事犯罪トノ關係一言セサルヘカラス第一、刑法ニ於テ罰セサル場合ト雖モ民事犯罪ト認メサルヘカラスコトアリ例ヘハ或人ノ權利ノ行使ヲ妨ケ即チ或人ノ往來ヲ通行セントスルヲ過失ニ因リテ妨ケタリトセンニ是レ必スシモ刑法ニ於テ犯罪ト爲ラス刑法ニ往來ヲ妨害スル罪アルモ是ニハ條件アリ同法第六十二條ニ「道路、橋梁、河溝、港埠ヲ損壞シテ往來ヲ妨害シタル者」トアリ然ルニ民法ニ於テハ單ニ妨碍ヲ爲シ往來ヲ爲スコトヲ得サラシメ爲メニ其者カ商人ナルトキハ商業上ノ損失ヲ受クルコトアリ是レ民事犯罪ニシテ之カ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ヘシ然レトモ刑法ニ於テハ之ヲ罰セス第二、民事犯罪ト爲ラサルモ却テ刑事犯罪ト爲ルモノアリ先ツ過失犯ハ民法ニ於テハ犯罪ニ非スシテ準犯罪ナリ次ニ未遂犯ノ如キハ多クノ場合ニ於テ損害ヲ生セサルヲ以テ民事犯罪ト爲ラス而モ刑法ニ於テハ重ク罰セラルコトアリ故ニ民事犯罪ト刑事犯罪トノ範圍ハ相同シカラス然ルニ單ニ「犯罪」ト云フトキハ動モスレハ刑事犯罪ト民事犯罪トヲ混スル虞アルヲ以テ予ハ此語ヲ採ラス

上ニ述ヘタル如ク不法行為ノ要件ハ權利侵害及ヒ損害ノ二ナリ或ハ故意又ハ過失ヲ以テ要件ノ一ト爲ス者アリト雖モ予ハ「權利侵害」ト云ヘル中ニ自ラ之ヲ包含セリト信ス即チ故意又ハ過失ナキ場合ハ權利ヲ侵害シタリト謂フコトヲ得ス例ヘハ予ノ所有ノ樹木カ大風ノ爲メニ倒折シ隣家ニ損害ヲ及ボシタリトスルモ予ハ之ニ適當ノ支柱ヲ施ス等普通爲スヘキ注意ヲ加ヘタリトセハ是レ予ニ取リテモ一ノ不幸ナルト同時ニ又隣人ニ取リテモ一ノ不幸ニシテ予ノ行為ヨリ生シタル結果ニ非ス隨テ權利ヲ侵害シタリト云フコトヲ得ス即チ權利侵害アリトスルニハ少クトモ予カ積極又ハ消極ノ行為ニ因リ他人ノ權利ヲ侵シタル事實ナカルヘカラス縱令權利侵害セラルコトアルモ其原因天災ニ在ルトキハ何人モ之

カ責任ヲ負フコトナシ故ニ法文ニ之ヲ明記セリト雖モ學理上ヨリ言ヘハ之ヲ以テ獨立ノ要件ト視ルハ穩當ニ非ス寧ろ權利侵害中ニ包含セラルモノト視ルヘキナリ而シテ「故意」及ヒ「過失」ノ字義ハ平易ナルカ如シト雖モ實際ノ適用ニ於テハ頗ル困難ナル問題ヲ生スヘシ尤モ故意ニ付テハ權利ヲ侵害スル意思アリシコトヲ證明セハ毫モ疑ヘシキ場合ヲ生セス唯其舉證ノ困難ナル場合多カルヘシ之ニ反シ過失ニ付テハ契約上ノ過失ノ問題ニ於ケルカ如何ナル注意ヲ缺キタルヲ以テ過失アリト云フコトヲ得ルカ其程度ヲ問題失ナシト云フコトヲ得ルカ如何ナル注意ヲ缺キタルヲ以テ過失アリト云フコトヲ得ルカ其程度ヲ問題トス先ツ學理的ニ言ヘハ「過失」トハ普通人ノ爲スヘキ注意ヲ缺キタルモノナリト謂ハサルヘカラス右ノ樹木ノ例ニ於テモ普通人ノ爲スヘキ注意ヲ加フレハ毫モ責任ナク或注意深キカ普通人ノ爲ササル注意ヲ爲シ以テ樹木ノ倒レサルコトヲ得タリトスルモ敢テ之ニ徹フノ義務ナシ而シテ如何ナル程度ノ注意ヲ普通人ノ注意ト視ルヘキカハ頗ル困難ナル事實問題ナリト雖モ慣習ニ因リ又其事項ノ性質ニ因リテ之ヲ定メ必要ナル場合ニ於テハ鑑定ヲ爲サシムルノ外ナシ

又國ニ因リテハ故意ト過失トニ付キ規定ヲ異ニセルモノアルモ(舊民法モ亦然リ)我新民法ニ於テハ毫モ區別ヲ爲サス唯刑法ニ於テハ大ニ其責任ヲ異ニセリ蓋シ過失犯ハ有意犯ニ比スレハ其情狀太タ輕シト雖モ民法ノ制裁ハ毫モ懲罰ノ性質ヲ有セス唯或人カ他人ノ爲メニ或權利ヲ害セラレ之ニ因リテ損害ヲ受ケタルニ因リ其受ケタル損害ヲ償ハシムルヲ至當ナリトシタルハナリ隨テ故意ノ場合ニ於テハ責任重シトシテ多額ノ賠償ヲ爲サシムルノ理ナシ是ヲ以テ民法上ニ於テハ故意ノ場合モ亦過失ノ場合ト同シク不法行為ニシテ之ニ因リテ生シタル損害ハ何レノ場合ニ於テモ全部賠償セラルヘカラス縱令過失ニ因ル場合ト雖モ損害ノ一部ヲ賠償セシメテ可ナリト云フコトヲ得ス又故意ナルカ爲メニ損害以上ノ

賠償ヲ爲サシムルノ理ナシ此ノ如キ理由ニ因リ我新民法ハ故意ト過失トヲ別タス隨テ從來學者ノ所謂「犯罪」、「準犯罪」ノ區別ハ我民法ノ解釋上毫無必要ナシ第七百九條ニ曰ク「故意又ハ過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ之ニ因リテ生シタル損害ヲ賠償スル責任ス」本章ヲ五節ニ分チ第一節ヲ不法行為ノ場合トシ如何ナル場合ニ不法行為アルカヲ説明シ第二節ヲ不法行為ノ責任者トシ何人カ其責任ヲ負フヘキカヲ説明シ第三節ヲ不法行為ノ求償權者トシ不法行為ニ基キテ損害賠償ヲ求ムル權利ヲ有スル者ニ付キ種種ナル場合ヲ説明シ第四節ヲ不法行為ノ賠償方法トシ損害賠償ハ如何ナル方法ヲ以テ爲スカ又其範圍如何ヲ説明シ第五節ニ於テ不法行為ノ時效ヲ説明スヘシ

第一節 不法行為ノ場合

私權ヲ侵害シタル者ハ其損害ノ財産上ノモノタルト否トヲ問ハス之ヲ賠償スヘキ責任アルヲ原則トス而シテ第七百九條ニハ廣ク「他人ノ權利」トアルカ故ニ總テノ私權ヲ包含スルコト勿論ナリト雖モ公法上ノ權利ヲ包含セサルコトハ前ニ論シタルカ如シ唯私權ニ關スル場合ト雖モ各場合ニ就テ之ヲ見レハ頗ル議論アルヲ以テ第七百十條及ヒ第七百十一條ニ於テ間接ニ之ヲ決セリ蓋シ財産權ヲ害シタル場合ハ殆ト疑ヲ容レサルモ身體、自由、名譽ノ如キモノヲ害シタル場合ニ付テハ多少疑アルヲ以テ此規定ニ因リ此等ノ權利ヲ害スルモ不法行為ト爲リ其加害者ニ損害賠償ノ責任アルコトヲ明カニシタリ尙ホ生命權ニ付テハ學者間議論ノ存スル所ニシテ所謂「生命權」ナルモノノ存否ニ付テモ疑ヲ挾ム者アリ故ニ第七百十一條ニ於テ之ヲ積極的ニ決定セリ

右ニ述ヘタル原則ニハ一ノ例外アリ是レ民法制定ノ際ニハ立法者ノ必要トセサリシ所ナルヲ以テ民法中ニハ其規定ヲ置カサリシモ明治三十二年法律第四十號ヲ以テ失火者ニ付キ例外ヲ設ケタリ即チ左ノ如シ

民法第七百九條ノ規定ハ失火ノ場合ニハ之ヲ適用セス但失火者ニ重大ナル過失アリタルトキハ此限ニ在ラス

先ツ此法律ノ意義ヲ説明センニ過失ニ因リテ火ヲ失シ其結果トシテ他人ノ財産ヲ燒燬シ又ハ他人ヲ負傷セシメ甚シキハ燒死セシメタリトセンニ是レ民法ニ所謂過失ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタルモノナリ故ニ若シ此特別法ナシトセハ其失火者ハ苟モ過失ノ證據アル以上ハ必ス自己ノ過失ニ因リテ燒燬シタル財産ヲ傷ケタル人又ハ失ハシメタル生命ニ付キ損害賠償ノ責ヲ負ハサルヘカラス是レ一旦不法行為ノ責任ヲ認ムル以上ハ實ニ當然ノ事ニシテ外國ニ於テハ之ニ關スル例外アルヲ聞カス蓋シ石造、煉瓦造ノ家屋多キ國ニ於テハ日本ニ於ケルカ如ク非常ノ大火ハ極メテ稀有ナルヲ以テ問題ヲ生スルコト多カラスト雖モ其損害ハ縱令一二戸ヲ燒失シタル場合ト雖モ頗ル巨額ニ上リ且西洋ニ於テモ村落ニ至レハ悉ク石造煉瓦造ノ家屋ノミニ限ラス木造ノ家屋モ亦少カラサルナリ而モ總テ不法行為ノ規定ヲ適用セリ然レニ我邦ニ於テハ右ノ特別法ヲ設ケタル結果重大ナル過失アル場合ヲ除外過失ニ因リテ火ヲ出シ之ニ因リテ他人ノ權利ヲ侵害シタル者ハ總テ責任ヲ負ハス一厘ノ賠償ヲモ爲サスシテ可ナリ而シテ重大ナル過失ノ證據ヲ舉ケルハ事實上極メテ困難ナル業ニ屬スヘシト雖モ該法案カ議會ニ提出セラレタル際提出者並ニ贊成者ハ例ヘハ鐵道會社、汽車、煤煙ヲ人家ノ屋根ニ落シタル爲メ火災ヲ起シタル如キ場合又或銀行ノ祝宴會ニ煙火ヲ打揚ケ之カ爲メニ火ヲ出シタル如キ場合ハ重大ナル過失アリ

ルモノナリト云ヒ其他工場ニ於テ不取締ノ爲メ煙突ヨリ火ヲ出シ他人ノ家屋ヲ燒燬シタル場合ノ如キモ重大ナル過失アル例外ノ場合トシテ舉示シタルカ如キモ此等ノ場合ニ果シテ重大ナル過失アルモノト言フコトヲ得ルヤ否ヤハ疑問ナリト思惟ス要スルニ普通ノ過失ニ付テハ其責任ハ半ハ「ラン」ヲ落シ火鉢ヲ覆スノ類ハ重大ナル過失中ニ入ラサルヘシ今統計ヲ見ルニ失火ノ原因ハ半ハ「ラン」ニシテ他ノ過失ハ煙草ノ火ナリ蓋シ此二者ハ少クトモ東京ニ於ケル火災ノ主タル原因ニシテ他ノ原因ニ由ルモノハ少シ而モ此等ハ重大ナル過失中ニ入ラス元來此規定ヲ設クルニ付テハ予等ハ絕對ニ反對ヲ爲シ今日ト雖モ反對ノ意見ヲ有スル者ナリ當時兩院ノ委員會並ニ議場ニ於テ大ニ爭論セシモ遂ニ通過ヲ見ルニ至レリ抑モ過失ニ因リテ火ヲ出シ之ニ因リテ他人ノ權利ヲ害スルハ不法行為ニシテ他ノ不法行為ヨリ損害賠償ノ責任ヲ生スルヲ至當トセハ此場合ニ於テモ等シク同一ノ責任ヲ生スルモノトセサルヘカラス是レ右ノ法案提出者モ認ムル所ナリシカ該法案ノ理由トセシ所ハ一、從來此ノ如キ慣習ナシ隨テ刑法附則第五十九條(民法ノ施行ト同時ニ廢止セラレタル規定)中ニハ失火ノ場合ニハ損害賠償ノ責任ナキコト爲レリ其規定ニ曰ク「人ノ名譽若クハ殺傷ニ關シタル損害其他ノ犯罪ノ爲メ現ニ生シタル損害ハ其賠償ヲ請求スルコトヲ得但失火ハ此限ニ在ラス」ト故ニ今俄ニ之カ責任ヲ認ムルハ慣習ニ反ス二、日本ノ家屋ハ其構造其他ノ事情ヨリ見レハ歐洲諸國ニ於ケル火災ト大ニ趣ヲ異ニセルヲ以テ此ノ如キ責任ヲ規定スルモ實際上行ハレ難ク若シ強ヒテ之ヲ行ハンカ非常ナル結果ヲ惹起スコトアリ即チ日本ニ於テハ一時ニ數千戸ヲ燒失スルコト屢アリ此ノ如キ場合ニ於テ其損失シタル家屋及ヒ動産全部ノ價額ヲ賠償スヘキモノトセハ如何ナル富豪ト雖モ爲メニ倒産ヲ爲ササルコトヲ得サル悲境ニ陥ルヘシ又貧窮者ハ縱令法律ニ其責任ヲ規定スルモ實際之ヲ償フ資力ナシ故ニ此ノ如キ規

定ハ我邦ニ適セスト云フニ在リシカ如シ然レトモ予ハ第一、慣習ニ付テハ刑法附則ノ規定ハ刑法制定ノ際始メテ設ケタル規定ニシテ之ヲ以テ古來ノ慣習ナリト云フコトヲ得ス是ニ於テカ論者ハ刑法制定ノ際ヨリ存シタル慣習ナリト云フモ是レ甚タ信スヘカラサル所ナリ蓋シ舊時ニ於テハ損害賠償ノ制度ナク惡事ヲ爲シタル者ハ今日ヨリモ一層嚴酷ナル刑罰ノ制裁ヲ受ケ其刑罰ノ方法トシテ財産ヲ沒收セララルコト多ク其沒收セラレタル財産ハ場合ニ因リ被害者ニ與ヘタルコトアルモ法律上ヨリ言ハハ一旦加害者ノ財産ヲ沒收シ即チ國ノ所有又ハ諸侯ノ所有トシ更ニ之ヲ被害者ニ下賜シタルモノニシテ法律ノ言ハハ贈與ヲ爲シタルモノナリ故ニ損害賠償ノ觀念ハ毛頭存セザリシナリ且其官沒財産ノ下賜ノ如キモ常ニ之ヲ爲スニ非スシテ或例外ノ場合ニ限リ通常ノ場合ニ於テハ單ニ之ヲ沒收シタルノミ殊ニ暴政ヲ行フ者ハ實際過失ナキ者ニ對シテモ尙ホ名ヲ刑罰ニ假リテ財産ヲ沒收シタルコトアリ要スルニ民法上ノ損害賠償ナルモノハ從來ノ法律ニ認メザリシ所ニシテ漸ク歐洲ノ法律思想輸入セラレテヨリ之ヲ認ムル裁判例ヲ生スルニ至リシナリ而モ之ヲ歐洲及ヒ米國ニ比スレハ實際上損害ヲ受ケタル者モ容易ニ賠償請求ノ訴ヲ起サス裁判所ニ於テモ容易ク賠償ヲ命スルコトナク之ヲ命スル場合ニ於テモ予ヲ以テ見レハ大抵其額少キニ失セリ是レ畢竟日本ノ慣習上損害賠償ナルモノ存セザリシヲ以テ普通ニ之ヲ請求スルハ甚タ貧慾ナルカ如キ感ヲ爲シ隨テ裁判所ニ於テモ貧慾ナル者ニハ賠償ヲ與フルコトヲ要セス縱令之ヲ與フルモ多ク與フルノ要ナシト思惟シ裁可ナリ故ニ此ノ如キ慣習ヨリ言ハハ管ニ失火ノ場合ノミニ止マラス他ノ場合ニ於テモ動モルハ賠償ヲ與フルノ要ナシトシタル傾向アリシナリ隨テ予ハ寧ろ第二ノ理由ニ因リ前示刑法附則ノ規定ヲ生シタルモノト信セントス然レトモ此理由モ亦取ルニ足ラサルナリ蓋シ第二ノ理由ハ一應至當ナルカ如キ感アリト雖モ畢竟深ク思ハサルノ論ニシテ論

者ノ言フカ如ク時トシテ富豪者カ倒産スルコトアルヘシト雖モ竊テ被害者ノ方面ヲ觀察スレハ他人ノ過失ニ因リ其火災ヲ被リタルモノニシテ自己ハ深ク注意ヲ加ヘタルニ拘ハラス隣家ニ危忽ナル者アリ爲メニ家屋、家財ヲ燒失シ而モ其者ハ何等ノ制裁ヲ受ケストセハ甚タ權衡ヲ失スヘシ尤モ刑法ニハ第四百九條ニ「火ヲ失シテ他人ノ家屋、財産ヲ燒燬シタル者ハ二圓以上二十圓以下ノ罰金ニ處ス」トアルモ是レ實ニ輕微ナル制裁ニシテ又之カ爲メニ人ヲ殺シ人ヲ傷タルモ素ト過失殺傷ナルヲ以テ罰金刑ニ過キス(刑法第三二七條乃至第三一九條)而シテ大火ノ場合ニ於テハ死傷者數十名ヲ出スコト稀ナリトセスト雖モ人ヲ燒死セシムルモ罰金二百圓ヲ越エス負傷セシメタル場合ハ重キハ百圓輕キハ五十圓ヲ出テス況ヤ家屋、財産ヲ燒燬シタル場合ハ二十圓ヲ越エス罰金ヲ科セラルコトナシ抑モ富豪者カ損害賠償ノ爲メニ倒産スルニ至ルコトアリトスルモ是レ自業自得ニシテ他人ノ關知スル所ニ非ス然ルニ自己ノ過失ニ因リ他人ノ財産ヲ燒キ甚キハ人ノ親ヲ殺シ人ノ子ヲ不具ニ致セルニ拘ハラス數千萬ノ富ヲ有スル者ニシテ袖手傍觀スルモ可ナリト云フカ如キハ實ニ不公平ノ極ト謂ハサルヘカラス過失ノ結果財産ヲ失フハ是レ己ムヲ得サル所ニシテ之カ爲メニ害ヲ被リタル者ハ賠償ヲ受クルヲ當然ト爲スコトヲ得ス而シテ裁判所ニ訴フルモ結局費用ヲ失フニ過キサルヲ以テ訴フル者ナシ若シ此ノ如キ場合ヲ憂ヘシカ他ノ不法行為ノ場合ニ於テモ亦然リ例ヘハ強竊盜ノ如キハ非常ナル損害ヲ加フルモ單ニ處刑ヲ受クルノミニシテ此等ノ者ニ對シ損害賠償ノ訴ヲ起スモノハ蓋シ幾ト希ナリ是レ費用ヲ失フニ過キサレハナリ貧困者カ火ヲ失シ賠償ノ義務ヲ履行スルコト能ハサルモノト同一ニシテ實力ナキヲ以テ己ムヲ得サルナリ故ニ予ノ如キハ民法ニ於テ之ヲ例外トセサリシハ其當ヲ得タルモノニシテ今日文明ノ

世ニ於テハ此ノ如クナラサルヘカラスト信ス而シテ之カ責任ヲ重カラシムルトキハ自ラ何人モ注意ヲ加ヘ火ヲ失スルカ如キコト少カルヘシト雖モ今日ノ如ク責任輕キトキハ勢ヒ注意ヲ粗漏ニスルハ理ノ賭易キ所ナリ尙ホ實際上ヨリ言ヘハ此問題ハ該法案提出者カ想像スル如ク頻繁ニ生スルモノニ非ス何トナレハ過失ノ證明ハ極メテ困難ニシテ容易ニ之カ舉證ヲ爲スコトヲ得ス今日失火ニ付キ刑ニ處セラる者アルハ畢竟其責任輕ク最低度ニ於テハ僅僅二圓ノ罰金ニ過キサルヲ以テ其失火ノ事實ヲ隱蔽シ強ヒテ其罪ヲ免レントスル者多カラス又裁判所ニ於テモ僅僅二圓乃至二十圓ノ罰金ニ過キサルヲ以テ多少過失ノ形跡ヲ認ムルトキハ之ヲ罰金ニ上ル場合ニ於テハ何人モ自己ニ過失アリシコトヲ明白スル者ナカルヘク本人ノ自白ナキトキハ殆ト證據ト爲ルモノナカルヘシ隨テ法律ニ失火者ノ責任ヲ認ムルモ實際訴訟ト爲リ損害賠償ヲ爲スヘキ場合極メテ少カルヘシ人動モスレハ雇人等ノ過失ニ因リ主人カ多額ノ賠償ヲ爲ササルヘカラサルコトアルヲ以テ頗ル迷惑ナリト云フモ後ニ説明スル如ク是レ亦例ヘハ粗忽ナル雇人ナルコトヲ知リテ之ヲ使用シ又ハ其監督ヲ怠ル如ク自己ニ過失アルニ非サレハ雇人ニ過失アリト云フノミニ因リ本人カ責ヲ負フコトナシ故ニ雇人ヲ雇入ルルニ當リ相當ノ注意ヲ爲シ又之ヲ使用スルニ相當ノ監督ヲ爲シタルニ拘ハラス雇人ノ過失ニ因リ火ヲ失シタル如キ場合ニ於テハ主人ハ其責任ニ任セス之ヲ要スルニ右ノ如キ特別法ヲ設クルノ必要決シテナシ信ス然レトモ今日ニ於テハ既ニ法律ト爲レルヲ以テ我日本ニ於テハ過失ニ因リ他人ノ家屋ヲ燒キ人ヲ殺スモ民法上ノ責任ナキコトト爲レリ

尙ホ此規定カ他ノ場合ト權衡ヲ得サルハ不法行為ニ付テノミ之ヲ規定セルコト是ナリ即チ契約上ノ責

任ハ固ヨリ此中ニ包含セラレサルヲ以テ借家人カ自己ノ借住セル家屋ヲ過失ニ因リテ燒失シタルトキハ必ス其責ニ任セサルヘカラス即チ借用セル家屋ヲ燒キタル場合ハ責任アリ借用セル家屋ヲ燒キタル場合ハ責任ナシト云フハ頗ル奇妙ナリト謂ハサルヘカラス當ニ借用セル場合ニ止マラス他人ノ家屋ヲ保管セル者カ過失ニ因リテ之ヲ燒キタルトキモ亦同シク責任アリ而シテ保管セサル家屋ヲ燒クモ其責任ナシ是レ實ニ不權衡ノ極ト謂ハサルヘカラス

以上ヲ以テ不法行為ノ場合ニ付キ其大略ヲ説明シタルヲ以テ是ヨリ各場合ニ付キ法律カ如何ニ規定セラルカラ簡單ニ説明スヘシ

先ツ財産權ヲ害シタル場合ニ付テハ右失火者ノ場合ヲ除ケハ敢テ困難ヲ見ス理論上ヨリ言ヘハ失ハシメタル財産ヲ償ヘハ則チ可ナリ而シテ其賠償ノ方法ニ付テハ後ニ説明スヘキモ要スルニ困難ナル問題ヲ生スルコト少シ唯身體(生命)ヲ失ハシメタル場合ト傷害シタル場合トヲ含ム)自由、名譽等ヲ害シタル場合ニ於テハ權利侵害ノ結果必スシモ財産ニ影響ヲ及ホスモノニ非ス蓋シ人ヲ殺シタル場合ニ於テハ葬式費用ヲ要シ又人ヲ傷ケタル場合ニ於テハ治療費ヲ要シ或ハ名譽ヲ毀損シタル結果商人ノ如キハ信用ヲ失ヒ營業衰微スルコトアリ此等ハ皆財産上ノ損害ニ外ナラス然レトモ概シテ言ヘハ財産上ノ損害ヨリモ寧ロ無形ノ損害多シ故ニ特ニ第七百十條及ヒ第七百十一條ノ規定ヲ必要トシタルナリ第七百十條ニ曰ク

他人ノ身體、自由又ハ名譽ヲ害シタル場合ト財産權ヲ害シタル場合トヲ問ハス前條ノ規定ニ依リテ損害賠償ノ責任スル者ハ財産以外ノ損害ニ對シテモ其賠償ヲ爲スコトヲ要ス

此規定ハ理論上財産權ヲ害シタル場合ニモ其適用アリ例ヘハ或人カ子ノ所有ノ書籍ヲ奪ヒタリトセン

ニ是レ不法行為ナリ而シテ之カ爲メニ予カ其書籍ヲ使用スルコトヲ得サルヲ以テ他ヨリ同一ノ書籍ヲ買入レタル場合ノ如キハ其代價ハ予ノ受ケタル損失ナリト雖モ其間其書籍ヲ讀ムコトヲ得サリシ爲メ試驗ニ落第シタリトセハ財産上ノ損害ノ外大ナル無形ノ損害ヲ受ケヘシ加害者ハ其無形ノ損害ト雖モ等シク金錢ニ見積リテ之ヲ賠償セサルヘカラス唯身體ヲ傷ケ疾病ニ致シタル場合ノ如キハ治療費ハ比較的僅少ナリト雖モ之カ爲メニ自己ノ業務ヲ廢スルコトアリ職工ノ如キハ爲メニ財産上ノ影響ヲ被ルコト多シ然レトモ縱令財産上ノ影響ヲ受ケストスルモ苦痛其他ノ不愉快ヲ感シ時トシテハ名譽、面目ヲ損スルコトモ亦之アルヘシ此等ハ總テ金錢ニ見積リテ賠償セシメサルヘカラス又自由ヲ奪ヒタル場合即チ人ヲ不法ニ監禁シタル場合ノ如キニ在リテハ被害者ハ之カ爲メニ苦痛ヲ受ケ或ハ之カ爲メニ身體ノ衰弱スルコトアリ隨テ自由ト身體ト雙方ヲ害セラレタル結果ト爲ルヘシ即チ無形ノ損害多シ名譽ノ如キハ殊ニ然リ名譽ハ各人最モ重シモノナルカ故ニ之ヲ傷ケラレタルトキハ非常ナル不愉快ヲ感シ又社交上ノ障礙ト爲ルヲ以テ無形ノ損害ヲ受ケルコト尠カラズ即チ財産上ニ於テハ直接ト損害ヲ生セサルモ無形上非常ナル損害ヲ受ケルコトアリ此ノ如キモノモ亦之ヲ賠償セシメサルヘカラス尤モ賠償ノ方法ニ付テハ後ニ説明スル如ク必スシモ金錢ヲ以テ之ヲ爲サシムルニ限ラズト雖モ大抵金錢ヲ以テ賠償セシムヘキモノトス是レ實ニ已ムヲ得サルカ爲メニシテ野蠻國ノ法律ニ於ケルカ如ク甲カ乙ニ傷ケタル爲メ乙ハ甲ヲ傷ケル權利アリトスルコトヲ得ス隨テ私法上ノ制裁トシテハ金錢ヲ支拂ハシムルノ外適當ナル方法ナケレハナリ而モ是レ亦眞ノ賠償ト爲ルヘシ何トナレハ不愉快ヲ感シタル場合ニハ人々ノ好ム所ニ從ヒ快樂ヲ求メ而シテ其不快ヲ散スルコトアリ而シテ之カ爲メニハ金錢ヲ要スルカ故ニ其費用ヲ加害者ヨリ出サシムルハ賠償ノ方法トシテ敢テ不可ナルモノアラサレハナリ次ニ第七百

十一條ニハ生命ヲ害シタル場合ヲ規定セリ曰ク
他人ノ生命ヲ害シタル者ハ父母、配偶者及子ニ對シテハ其財産權ヲ害セラレザリ、場合ニ於テモ
損害ノ賠償ヲ爲スコトヲ要ス

生命ヲ害シタル場合ニ付テハ元來生命權ナルモノ存スルヤ否ヤニ付キ疑ヲ抱ク學者アリ然レトモ身體
權アル以上ハ生命權アルコトモ亦殆ト疑ヲ容レサルヘシ而シテ身體權アルコトハ極メテ明カナル所ニ
シテ自己ノ手足ヲ自由ニ動かシ自己ノ身體ヲ損セサルヤウ衣服ヲ著シ食物ヲ食スルヲ人ノ常態トス故
ニ身體權ナシト云フコトヲ得ス然ラハ生命權ノ如キモ較近ノ生理學ヨリ言ヘハ生命ハ身體ノ一部ナル
カ故ニ(宗教家ノ如キハ之ヲ認メサルモ)生命ヲ保存スル權利ハ無論之ヲ有スルモノト謂ハサルヘカ
ス隨テ之ヲ害シタル者ハ當然損害賠償ノ義務ヲ負ハサルヘカラス然ラハ其賠償ハ何人ニ爲スヘキカ此
點ニ付テハ後ニ詳説スヘキモ此ニ簡單ニ説明センニ此場合ニ於テハ被害者タル本人ハ既ニ死亡セルヲ
以テ自ラ其請求ヲ爲スコトヲ得ス隨テ他ノ者ニ於テ損害賠償ヲ請求スル權利ヲ有セサルヘカラス即チ
場合ニ因リテハ相續人ノ爲スコトヲ得ヘシト雖モ常ニ必スシモ相續人ニ請求權アリト云フコトヲ得
ス而シテ被害者ノ父母、配偶者、子ノ如キハ其子、配偶者、父母ニ對シテ天然ノ愛情ヲ有スルモノナリ然
ルニ其愛情ノ目的タル人カ殺害セラレタルモノナリ此場合ニ於テハ此等ノ者カ財産上ノ損害ヲ受ケル
コトアリ他ナシ死者カ之ニ對シテ扶養ノ義務ヲ負ヘル場合ノ如キ是ナリ然レトモ其以外ニ於テ尙ホ愛
情ヲ害セラレ爲メニ悲哀ニ沈ムノ結果ヲ見ルヘシ是レ無形ノ損害ナリ是レ亦加害者ヨリ之ヲ賠償セシ
ムル權利ナルヘカラス即チ通常之ヲ慰籍金ト云ヘリ是レ悲哀ヲ慰ムル爲メニ或金額ヲ拂ハシムルヲ以
テナリ蓋シ其金員ヲ以テ保養ヲ爲シ而シテ悲哀ヲ慰ムルノ外ナシト認メタルナリ

以上ハ不法行為ニ因リテ損害賠償ヲ爲スヘキ場合ノ概略ナリ

第二節 不法行為ノ責任者

不法行為ノ責任者ハ加害者即チ不法行為者ナルコト論ヲ俟タス隨テ殆ト問題ト爲ラザルカ如シト雖モ
決シテ然ラス第一ニ不法行為者ニ意思ナカルヘカラス若シ其意思ナキトキハ責任ヲ生セス而シテ未タ
辨別心ヲ有セサル兒童ハ不法行為ニ付テハ意思ナキ者ト同視シ經令人ノ財産ヲ毀壞シ人ヲ傷害スルモ
敢テ責任ヲ生セス是レ恰モ大人ヲ嚙ミ猫カ物ヲ傷ケタルト同一ナリ次ニ精神ノ錯亂シタル者ハ動モ
スレハ人ヲ殺シ財産ヲ破壞スルコトアリ而モ亦其責任ナシ現ニ頃日甚タ不幸ナル椿事ヲ耳ニシタリ日
本ノ官費留學生ノ一人獨逸ニ於テ發狂シ自己ノ住居セル家屋ヲ燒キ宿主ニ大ナル損害ヲ加ヘタリト云
フ此等ハ民法上ヨリ言ヘハ責任ナキモノナリ法律ニ暗キ人ハ本人ハ勿論日本ノ國家ニモ責任アルカ如
ク思惟セルモ情義上金員ヲ與フルハ格別法律上責任ヲ生スルコトナシ若シ金員ヲ與フレハ法律上ハ贈
與ニ外ナラス又夢中ニ人ヲ殺シ又ハ傷ケ或ハ物ヲ毀壞スル者稀ニアリ是レ亦責任ヲ負擔セス又醫術ヲ
施スニ付キ魔睡劑ヲ施スコトアリ其結果一時精神錯亂シ其間ニ於テ人ヲ毆打シ物ヲ破壞スルモ責任ナ
シ何トナレハ不法行為モ亦一ノ行為ニシテ行為ニハ必ス意思ヲ要ス即チ行為ハ意思ノ發作ナルカ故ニ
意思ナキ者ニ行爲ナク隨テ責任アルコトナケルハナリ是レ明文ヲ俟タスシテ明カナル所ナリ雖全ク意
思ナキ者ト謂ヒ難クシテ而モ責任ナク或ハ意思ナキ者ニシテ責任アルヘキ場合アルヲ以テ特ニ第七百
十二條及ヒ第七百十三條ノ規定アリ第七百十二條ニ曰ク
未成年者カ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テ其行為ノ責任ヲ辨識スルニ足ルヘキ智能ハ具ヘザリシ

トキハ其行為ニ付キ賠償ノ責ニ任セス
未成年者ハ法律行為ニ付テハ無能力者即チ限定能力者ニシテ未成年者ノ爲シタル法律行為ハ取消スコトヲ得ルヲ本則トス然レトモ不法行為ニ付テハ未成年者ト雖モ原則トシテ責任アリ唯年齡ノ極メテ幼少ナル者ハ自己ノ行為ノ責任ヲ辨識スルコト能ハス即チ人ヲ毆打セハ他人ニ損害ヲ加ヘ自己ヲ責任ヲ負ハサルヘカラストノ思考ナシ蓋シ年齡ニ依リ一概ニ其區域ヲ限ルコトヲ得サルモ六七歳以下ノ小兒ハ當然此中ニ包含セラレ又人ニ因リ發育ノ遲速アルヲ以テ精神發育早キ者ハ年齡少キモ責任アリ晚キ者ハ年齡多キモ責任ナキコトアリ是レ結局事實問題ニ屬ス次ニ第七百十三條ニ曰ク
心神喪失ノ間ニ他人ニ損害ヲ加ヘタル者ハ賠償ノ責ニ任セス但故意又ハ過失ニ因リテ一時ノ心神喪失ヲ招キタルトキハ此限ニ在ラス

所謂心神喪失トハ既ニ述ヘタル如ク種種ナル場合ヲ包含ス而シテ理論ヨリ言ヘハ大醉シテ醉中ニ人ヲ斬リ又ハ人ヲ傷ケタル場合ニ於テ全然精神ヲ喪失セシ證據アルトキハ亦責任ヲ免ルヘキカ如シ然レトモ但書ノ規定ヲ以テ之ヲ除外セリ所謂「故意ニ因リテ一時ノ心神喪失ヲ招ク」トハ怯懦ナル者カ平常惡事ヲ爲スノ勇氣ナキヲ以テ特ニ酒ヲ用ヒ心神ヲ錯亂セシメ而シテ後惡事ヲ遂クルカ如キ是ナリ又「過失ニ因リテ一時ノ心神喪失ヲ招ク」トハ此ノ如キ意思ナキモ過度ニ飲酒ヲ爲シ途ニ酔狂ヲ爲シタル場合ノ如キヲ云フナリ此場合ニ於テハ理論上ヨリ言ヘハ或ハ責任アラサルカ如シ即チ其人ヲ傷ケ物ヲ損シタルハ意思ナクシテ爲シタルモノナラバ以テ責任ヲ負ハサルヘキカ如キモ其初メ酒ヲ飲ミタルハ故意又ハ過失ナルヲ以テ即チ故意ノ場合ニ於テハ惡事ヲ爲ス意思ヲ以テ酒ヲ飲ミ其結果惡事ヲ遂ケタルモノナルカ故ニ其責任ヲ負ハシメ過失ノ場合ハ人ニ因リテハ多量ノ飲酒ヲ爲ストキハ酔狂ヲ爲シ

心神ヲ喪ヒテ惡事ヲ爲スコトヲ知レルニ拘ハラス多量ニ酒ヲ飲ミタリトセハ其飲酒ヲ爲シタルハ過失ナルカ故ニ其結果トシテ行ヒタル行為ノ責任ヲ辭スルコトヲ得ス即チ右ノ但書ハ上ノ如キ理由ニ因リテ設ケタルモノナリ尤モ「一時」ト云ヘルハ是レ固ヨリ當然ノ事ニ屬ス若シ然ラサルトキハ原因、結果ノ關係ナキコトアリ即チ酒又ハ阿片煙ノ如キハ多量ニ之ヲ用フルトキハ其結果途ニ發狂スルコトアリ而シテ其發狂シタル後ニ至リ人ヲ殺シ又ハ人ヲ傷ケ或ハ物ヲ破壊シ就中阿片煙ニ中毒シ發狂シタル人ノ如キハ此ノ如キ者多シ即チ及物ヲ擲ヘテ道路ニ出テ通行ノ人ヲ斬ルコトアリ是レ其原因ニ過レハ酒ヲ多量ニ用ヒ阿片煙ヲ多量ニ飲ミタルヲ責メサルヘカラスト過失アルコト論ナシト雖モ既ニ發狂即チ心神喪失ノ狀態ニ在ル人ハ其狀態ノ繼續セル間ノ行為ニ付テハ責任ナシト云ハサルヘカラスト蓋シ此場合ニ於テハ其行為ハ過失ノ直接ノ結果ニ非サレハナリ

尙ホ禁治產者ト第七百十三條ノ規定トノ關係ヲ述ヘンニ禁治產者ト雖モ往往本心ニ復スルコトアリ其復シタル間ノ不法行為ニ付テハ責任アリ法律行為ニ付テハ無能力者ナルモ不法行為ニ付テハ能力者ト同一ノ責任アリ之ニ反シ縱令禁治產者ノ宣告ヲ受ケサルモ事實上心神喪失ノ狀態ニ在レハ其者ノ不法行為ハ法律ノ間フ所ニ非ス否不法行為ナルモノアラサルナリ人動モスレハ禁治產ト心神喪失ト同一視スルヲ以テ注意ノ爲メ茲ニ一言スルヲ必要ト認メタリ
右二ノ場合ニ於テハ事實上行為ヲ爲シタル者アリト雖モ其行為ハ法律上行爲ニ非サルヲ以テ其行為者ハ無責任ナリ即チ加害者ハ責任ヲ負ハス此場合ニ於テ他ニ責任者ナキヤ否ヤ是レ次ニ説明スヘキ點ナリトス

無能力者カ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テ其無能力者ヲ監督スル義務アル者カ其監督義務ヲ怠リタ

ル爲メ遂ニ損害ヲ加フルニ至リタルトキハ監督者ニ於テ責任ヲ負ハサルヘカラス即チ未成年者ニ付テハ通常親權者又ハ後見人ノ監督者ニシテ精神病者ニ付テハ其者カ禁治產者ナルトキハ同シク後見人ノ監督者タル外尙ホ精神病者看護法第一條ニ依リテ精神病者ノ配偶者ノ親權ヲ行フ又ハ母及ヒ戶主ハ順次監督ノ義務ヲ負フヘク此等ノ監督者ナキ場合ニ於テハ四親等内ノ親族中ヨリ親族會ノ選任シタル者ヲ以テ其監督者ト爲ス禁治產ノ宣告ヲ受ケサル精神病ニ付テハ後見人ナキヲ以テ殊ニ右精神病者看護法第一條ノ規定ヲ必要トス次ニ感化院ニ收容セル小兒ニ付テハ感化法第八條ノ規定ニ從ヒ特ニ其感化院ノ管理者其責任ヲ負フモノトセリ又教育所ニ在ル孤兒ニ付テハ明治三十三年法律第五十一號第一條ヲ以テ其監督義務者ヲ定メ同年內務省令第十一號ヲ以テ棄兒、迷兒、遺兒ニモ同法ノ規定ヲ準用スルモノトセリ此ノ如キ法律ニ定メタル無能力者ノ監督義務者カ其注意ヲ怠リ爲メニ無能力者カ他人ニ損害ヲ加フルニ至リタル場合ニ於テハ此等ノ監督義務者ニ於テ損害賠償ノ責任ヲ負擔セサルヘカラス是レ民法第七百十四條ニ規定セル所ナリ同條ニ曰ク

前二條ノ規定ニ依リ無能力者ニ責任ナキ場合ニ於テ之ヲ監督スヘキ法定ノ義務アル者ハ其無能力者カ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責任ニ任ス但監督義務者カ其義務ヲ怠ラザリシトキハ此限ニ在ラズ

監督義務者ニ代ハリテ無能力者ヲ監督スル者モ亦前項ノ責任ニ任ス

「前二條」トアルハ即チ未成年者及ヒ心神喪失者ニ關スル規定ナリ此場合ニ付キ從來說ク所ヲ聞クニ或ハ無能力者ノ不法行為ニ付キ其法定代理人カ當然責任ヲ負フモノトセルカ如シト雖モ是レ謬說ナリト信ス蓋シ不法行為者カ代理人タルノ理由ニ因リ本人カ當然責任ヲ負フノ理ナキト同シク本人カ不法行

爲ヲ爲シタルハトテ其代理人カ自ラ責任ヲ負フノ理ナシ何トナレハ何人ト雖モ決シテ他人ノ不法行為ニ付キ責任ヲ負フコトナケレハナリ蓋シ犯罪ニ付キ犯罪者自身ニ限り責任ヲ負フカ如ク民法上ノ不法行為ニ付テモ亦行爲者自身ノ力責任ヲ負フニ止マリ敢テ他人カ其責任ニ任スル如キコトアラサルナリ彼ノ法人ニ關スル第四百四條第一項ノ規定ノ如キハ全ク便宜の規定ニシテ普通ノ法理ヨリ言ハハ固ヨリ例外ニ屬スルモノナリ無能力者ノ場合ニ於テモ其監督者カ無能力者ノ行爲ニ付テ義務ヲ負擔スルニ非スシテ自己ノ行爲即チ不注意ト云フ不法行為ヨリ生シタル損害ニ付キ責任ヲ負フモノナリ尤モ證據問題トシテハ不注意アリヤ否ヤヲ證明スルコト頗ル困難ナルコト稀ナリトセス而シテ彼ノ幼兒ノ精神錯亂者ノ如キハ十分ニ監督スレハ他人ニ損害ヲ加フルカ如キコト稀有ナルヘキカ故ニ若シ無能力者カ不法行為ヲ爲シタル場合ニ於テハ法律カ監督者ニ不注意ヲ爲シシコトヲ證明スルナリ然レトモ監督義務者カ其義務ヲ怠ラザリシコト換言スレハ十分ノ注意ヲ爲シシコトヲ證明スルナリ然レトモ監督義務者カ自ルコトヲ得ヘキナリ是レ第七百十四條第一項但書ノ規定アル所以ニシテ之ニ據リテ監督義務者カ自己ノ行爲ニ付キ責任ヲ負フモノナルコト明カナリト謂フヘシ例ヘハ小兒カ瓦石ヲ擲テ通行人ヲ傷ケタル如キ場合ニ於テハ十分慣習其他ノ事情ヲ斟酌セサルヘカラス我邦ニ於テハ小兒ヲ往來繁キ街衢ニ遊ハシムル如キコト頻繁ナリト雖モ是レ監督者ノ不注意ニ出ツルモノト信ス此ノ如キハ當ニ其小兒ノ爲メニ危險ナルノミナラス遊戲ノ際石ヲ擲チ竹片、棒切ヲ振廻スカ如キハ小兒ノ常トスル所ナリ以テ斯ル場所ニ遊ハシムルトキハ他人ニ損害ヲ加フルコトアルヘキコトハ豫想セサルヘカラス所ナリニ拘ハラス斯ル場所ニ遊ハシムルハ監督者ノ不注意ナルコト子ノ疑ハサル所ナリ然レトモ兒童カ小學校ニ往復スル途中ニ於テ石ヲ擲テ他人ヲ傷ケタル場合ノ如キハ其兒童カ相當ノ年齢ニ達シタル者ナ

ルトキハ金満家ノ子女等ニ非サル限ハ監督義務者自身若クハ其代理人等カ必ス學校ノ往復ニ附添ハサルヘカサルモノニ非ス故ニ斯ル場合ニ於テハ監督義務者カ其義務ヲ怠リタルモノト謂フコトヲ得サルヘシト信ス但其兒童カ通學ノ際屢、惡戯ヲ爲スコトヲ知リタル場合ニ於テハ之ヲ防クニ相當ナル注意即チ或ハ人ヲ附添ハシメ或ハ人力車ニ乗ラシムル等ノ方法ヲ執ルヘク精神病者殊ニ狂躁性ノ精神病者ニ至リテハ頗ル其監督ヲ嚴ニスルニ非サレハ或ハ通路ニ出テテ人ヲ傷ケ或ハ他人ノ財産ヲ毀壞スル等ノ事ヲ生スルコトヲ免レサルヘシ故ニ斯ル精神病者ハ或ハ病院ニ入レ或ハ一室ニ監禁スル等相當ノ處置ヲ爲ササルヘカラス然ルニ斯ル處置ヲ爲ササルカ爲メニ道路ニ出テテ通行人ニ暴行ヲ加フルニ至リタル等ノ事實ハ往往聞ク所ナリ此ノ如キハ監督者カ其義務ヲ怠リタルモノナルカ故ニ其責任ヲ負ハサルヘカサルナリ之ト異ナリテ從來斯ル亂暴ナル舉動アリシコトナキ精神病者ナリシトキハ別ニ監督者ノ必要ナキモノナルニ其者カ偶、暴レ廻リテ他人ヲ傷ケタル如キコトアルモ必スシモ監督義務者ノ責ニ歸スヘキニ非ス此等ハ事實問題ニ屬スト雖モ要スルニ舉證ノ責ハ監督義務者ニ在ルヲ以テ監督義務者カ自己ノ義務ヲ怠ラシシコトヲ證明セサルヘカサルナリ

監督義務者ハ往往自ラ無能力者ヲ監督セサルコトアリ例ヘハ被監督者タル兒童ヲ學校ノ寄宿舎ニ入レタル場合ノ如キ或ハ毎日一定ノ時間學校ニ於テ教師ノ監督ニ委ヌルカ如キ或ハ感化院ニ入レ或ハ病氣ノ爲メ病院ニ入置ク場合ノ如キハ監督義務者ニ責任アルトキト雖モ尙ホ實際ノ監督者ニ過失アリタルトキハ其者モ亦其責任ニ任セサルヘカラス殊ニ監督義務者ニ責任ナクシテ現ニ監督ノ委託ヲ受ケタル者ニ過失アル場合ノ如キハ其責任ニ任スヘキコト疑ヲ容レサルナリ前例ニ就テ言ヘハ其學校、寄宿舎、其感化院、其病院カ適當ナルモノニシラ之ニ優ルモノナキコトヲ一般ニ認メラルル如キ場合ニ於テハ監督義務者ニ責任ナキコト勿論ナリ何トナレハ學校、寄宿舎、感化院、病院等ニ在ル者ニ對シテハ監督義務者ハ直接ニ監督スルコトヲ得サルモノナルカ故ニ其間ニ於テ被監督者カ不法行為ヲ爲シテ他人ニ損害ヲ加フルモ法律上ノ監督義務者ハ義務ヲ怠リタルモノニ非サルコトヲ證明スルニ難カラサレハナリ然ルニ其學校、其感化院等カ其設備極メテ不完全ニシテ監督ノ不十分ナルモノナリシ場合ニ於テ少シク取調フルトキハ其不完全ナルコトヲ知ルヘカリシニ拘ハラス之カ取調ヲ爲サスシテ此等ノ場屋ニ無能力者ヲ委託シタル如キ場合ニ於テハ監督義務者カ其義務ヲ怠リタルモノト謂ハサルヘカラス右ノ軌レノ場合ニ於テモ直接ノ監督者即チ學校ノ管理者、寄宿舎ノ持主、感化院ノ管理者（其感化院カ三十三年法律第三十七號感化院ニ規定セルモノナルトキハ感化院ハ法定監督義務者ナリ）同法第八條「故ニ本文ニ所謂「感化院」ハ純然タル私立ノモノト知ルヘシ」等ニ過失アリタルトキハ此等ノ者ハ其責任ニ任セサルヘカラス是レ其者ノ不注意ニ因リテ被監督者カ不法行為ヲ爲シテ他人ニ損害ヲ加フルニ至リタルヲ以テナリ又精神病者ニ付テ言ヘハ其地ニ於テ稍ヤ完全ナリト認メラルル所ノ病院ニ入レタル場合ニ於テハ監督義務者カ其義務ヲ怠リタルモノニ非サルコトヲ證明スルコトヲ得ヘシト雖モ若シ其病院ハ監督不行届ナリト云フ世評惡キ病院ナリシ場合ニ於テハ監督義務者ハ其義務ヲ免ルルコト能ハサルヘシ但此ニ場合ニ於テ病院ノ管理者カ不注意ノ爲メ其精神病者カ或ハ道路ニ出テテ通行人ニ傷害ヲ加ヘ或ハ病院ノ窓ヨリ物ヲ抛擲シテ他人ニ傷害ヲ加ヘ或ハ病院内ノ者ニ啗附シテ負傷セシメタル如キ場合ニ於テハ病院ノ監督者モ亦其責任ニ任セサルヘカラス此等ノ場合ニ於ケル直接監督者ハ法律上ノ監督義務者ト同一ノ責任アルモノトセリ尤モ此責任モ亦法律ノ推定ニ因ルモノナルカ故ニ管理者、監督者カ十分ノ注意ヲ爲シタル場合ニ於テハ之ヲ證明シテ其義務ヲ免ルルコトヲ得ヘシ例ヘハ學校ニ於テ其

スヘキモノトス

へタル損害ノ全

ヘク省略スヘシ

五九

トヲ忘ルヘカサルナリ

第二ニ被用者ノ不法行為ニ付テ説明セシ民法ニ所謂「被用者」中ニハ種種ノ者ヲ包含ス先ツ第一ニ雇傭契約ニ因リ雇主ハ雇人ヲ使用スル權利ヲ有ス雇人即チ勞務者ハ茲ニ所謂「被用者」タルコト疑ヲ容レズ次ニ委任ノ場合ニハ受任者ハ被用者ナリ又時トシテハ請負人モ亦理論上被用者タルコトアリ例ヘハ社待ノ車夫ト契約ヲ結ヒテ一定ノ處ニ乗セ行クヘキユトヲ約シタル場合ノ如キハ請負契約ニシテ車夫ハ請負人ナリト雖モ人ニ用ヒラルコト疑ナキ所ナルヲ以テ「被用者」ト稱シテ不可ナルコトナカルヘシ故ニ被用者ナル者ノ範圍ハ甚タ廣シナリ此被用者ノ不法行為ニ付テハ第七百十五條ニ規定セル所アリテ使用者ハ被用者ノ行為ニ付テハ責任ヲ負フヤ否ヤノ問題ヲ決セリ茲ニ豫メ注意スヘキハ被用者自身ノ行為ニ付テハ其者カ無能力者ニ非サル限ハ其者自身ニ責任アルコト明カナルコト是ナリ此點ハ毫モ疑ナキ所ナリト雖モ此等ノ者ハ動モスレハ無資力者ナルカ故ニ若シ使用者ニ責任ナシトセハ被害者ハ雇人等ニ對シ損害賠償ヲ請求スルモ實際満足ヲ得ルコト能ハサルヘシ是ニ於テカ使用者ニ責任アリヤ否ヤヲ決定スルノ必要ヲ生ス尤モ他人ノ不法行為ニ付キ自己ニ責任ヲ負フコトナキハ無能力者ノ不法行為ニ關シテ述ヘタル所ニ異ナラス即チ何人ト雖モ自己ノ不法行為ニ因ルニ非サレハ責任ヲ負フコトナキヲ以テ使用者ニ不注意(過失)ナキニ於テハ何等ノ責任ヲ負ハサルナリ而シテ如何ナル場合ニ過失アルカハ全ク事實問題ニ屬ス或ハ此場合ニ於テモ代理關係ニ基キ使用者カ被用者ノ不法行為ニ因リ責任ヲ負フモノナリト説明スル者ナキニ非スト雖モ其謬レルコトハ無能力者ノ場合ニ説明シタル所ニ據リテ明カナルヘシ民法第七百十五條ハ右ノ責任問題ニ關スル規定ヲ爲シ其第一項ニ於テ第一ニ使用者ハ如何ナル場合ニ過失アルカヲ定メ第二ニ舉證ノ義務ニ付テ規定セリ曰ク

或、事、業、ノ、爲、メ、ニ、他、人、ヲ、使、用、ス、ル、者、ハ、被、用、者、カ、其、事、業、ノ、執、行、ニ、付、キ、第、三、者、ニ、加、ヘ、タ、ル、損、害、ヲ、賠、償、ス、ル、責、任、ヲ、負、ス、但、使、用、者、カ、被、用、者、ノ、選、任、及、ヒ、其、事、業、ノ、監、督、ニ、付、キ、相、當、ノ、注、意、ヲ、爲、ス、モ、損、害、カ、生、ズ、ヘ、カ、リ、シ、ト、キ、ハ、此、限、ニ、在、ラ、ス、

本項ノ本文ヲ裏面ヨリ解スレハ自己ノ託シタル事業以外ニ於テ被用者ノ爲シタル行為ニ付テハ何等ノ責任ナキコトヲ知ルコトヲ得蓋シ使用者ハ自己ノ託シタル事業以外ノ事項ニ付テハ全ク無關係ナルカ故ニ之ニ付テ責任アルノ理ナシ蓋シ自己ノ託シタル事業ニ付テハ十分監督ノ義務アルモ其託シタル事業以外ノ事項ニ付テハ監督ノ義務ナク隨テ之カ責任ヲ負フコトナキナリ例ヘハ丁稚ヲ使トシテ或用ヲ辨セシムル途中ニ於テ他人ト喧嘩ヲ爲シ以テ其他人ニ負傷セシメ若クハ物品ヲ毀壞シタル場合ノ如キハ使用者ノ事務ノ執行ニ非サルカ故ニ使用者ハ之ニ付テ責任ヲ負フコトナシ之ニ反シテ或商品ヲ荷車ニテ運搬スルコトヲ命シタルニ途中過チテ小兒ノ足ヲ挽キテ負傷セシメ又ハ他人ノ車ニ衝突シテ他人ノ財産ニ損害ヲ加ヘタル場合ノ如キハ事業ノ執行ニ付キ不法行為ヲ爲シタルモノト謂フコトヲ得ルヲ以テ使用者ハ責任ヲ負ハサルヘカサルコトアリ要スルニ使用者ノ責任ハ被用者カ使用者ノ命シタル事業ノ執行以外ノ行為ニハ及ハサルナリ但其被用者カ幼者ニシテ見習旁、商家ニ使用セラレ又ハ工業ノ見習年季奉公トシテ幼者ヲ使用者ニ託スルコトアリ斯ル場合ニ於テハ其主人ハ監督義務ヲ負フモノナルカ故ニ第七百十四條ニ依リ責任ヲ負フコトアルヘシ是レ使用者ナルカ爲メニ非スシテ監督者ナルカ故ナリ第七百十五條ハ被用者カ不法行為ニ付キ責任アル場合ニ於テ使用者ニモ亦責任アリヤ否ヤヲ規定シタルモノニシテ彼此相混淆スヘカサルコト明カナリ

即チ使用者ハ其委託シタル事業ニ付テモ絶對ニ責任ヲ負フモノニ非スシテ其被用者ノ選任ヲ誤リ又ハ被用者カ其事業ヲ執行スルニ際シ監督ノ注意ヲ怠リタル場合ニ限リ使用者ニ過失アリト謂フコトヲ得ヘク此場合ニ於テノミ間接ニ使用者カ他人ノ權利ヲ侵害シタリト謂フコトヲ得ヘキナリ此事タル我輩ノ眼ヨリ觀レハ毫モ疑ナキ所ナリト雖モ學說頗ル區區ニ岐レ動モスレハ反對ノ解釋ヲ採ル者ナキニ非サルヲ以テ我民法ハ此點ヲ明カニシタルナリ

尙ホ學說ノ責任ニ付テハ第七百十四條ノ規定ニ付キ論シタル所ト同シク被用者カ事業ノ執行ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ニ付テハ法律ハ使用者ニ不注意アリシモノト推定ス蓋シ使用者ニシテ適當ナル者ヲ選擇シ且十分ノ監督ヲ爲シツツ之ヲ使用セシムルハ其損害ヲ加フルカ如キコトアラサリシナラント信セラルヘキ場合多クハナリ現ニ東京ニ於テハ使用者ノ不注意ニ因リ被用者カ損害ヲ加フルノ事實ヲ見ルコト最モ多シ例ヘハ幼年者ヲシテ荷車ヲ挽カシメ爲メニ他人ニ損害ヲ加フルカ如キ是ナリ此ノ如ク被用者ノ選任ニ付テ注意ヲ缺キタルニ因リ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ於テハ使用者カ其責任ニ付スルコト當然ナリト謂フヘシ故ニ其被用者カ損害ヲ加ヘタルトキハ使用者カ選任又ハ監督ニ付キ過失アルモノト推定スルハ決シテ不當ニ非サルナリ然レトモ此推定ハ反證ヲ許スコト前條ニ付テ述ヘタルカ如クナルヲ以テ觀レハ使用者ノ責任ハ獨立ノモノニシテ代理人ノ不法行為ニ付テ責任ヲ負フモノニ非サルコト明カナリト謂フヘシ即チ使用者カ被用者ノ選任及ヒ其事業ノ監督ニ付キ相當ナル注意ヲ爲シタル證據ヲ提出スルカ又ハ相當ノ注意ヲ爲スモ損害カ生スヘカリシコトヲ證明シタルトキハ使用者ハ責任ヲ免ルヘキナリ今事例ヲ設ケテ之ヲ證明セシムル幼年ナル丁稚ヲシテ重荷ヲ運搬セシメタルカ如キハ被用者ノ選任ヲ誤リタルモノト謂ハサルヘカラス即チ斯ル幼年者ハ他ノ事業ヲ爲スニハ適當ナラン

モ重荷ヲ運搬スルカ如キハ其堪フル所ニ非サルヲ以テ使用者ハ其選任ニ付キ責任ヲ免ルルコト能ハサルナリ其他貨物ヲ荷車ニテ運搬セシムル際其積荷ノ不完全ナリシカ爲メニ途中ニテ顛覆シ因リテ他人ニ損害ヲ及ホシタル場合ノ如キハ使用者ニ於テ之カ責任ヲ負ハサルヘカラス何トナレハ使用者ハ積荷等ニ付テモ注意ヲ怠ルヘカラサレハナリ此場合ニ於テハ被用者ノ選任ヲ誤リタルモノト謂フコトヲ得サルニモセヨ少クトモ事業ノ監督ヲ怠リタルモノト謂フコトヲ得ヘキナリ又縱令其運搬者カ相當ノ年齡ニ達シ相當ノ體格ヲ具ヘタル者ナリシ場合ト雖モ其者カ平素不注意者ナリシトキハ使用者ハ亦其實免ルルコト能ハス之ニ反シ相當ノ年齡ニ達シ相當ノ體格ヲ具ヘ且平素通常人ヨリ不注意ナル者ニ非サル雇人ヲシテ商品ヲ運搬セシムル場合ニ於テ途中ニテ其過失ニ因リ通行人ノ足ヲ挽キタルトキハ敢テ使用者ニ過失アリト謂フコトヲ得ス何トナレハ既ニ選任ニ付キ過失ナク又使用者カ雇人ト俱ニ歩行シテ之ヲ監督セサルヲ以テ其過失ナリトスルコトヲ得サレハナリ又相當ノ經驗アル車夫ヲ雇入レシテ之ヲ加フルコトアルヲ免レス故ニ使用者偶々車上新聞紙ヲ閱覽シ毫モ監督ヲ爲ササル際ニ同様に過失アリタルモ是レ決シテ使用者ノ不注意ニ因リテ生シタルモノナリト謂フコトヲ得ス尙ホ此等ノ事ハ固ヨリ事實問題ニ屬シ事實裁判官ノ認定ニ一任スルノ外ナキナリ

右ノ場合ニ於テモ第七百十四條第二項ノ場合ノ如ク使用者ニ代リテ事業ヲ監督スル者アルコトアリ商家ニ於ケル番頭ノ如キ是ナリ蓋シ稍大ナル商家ニ在リテハ事業ノ監督ヲ番頭ニ任スルヲ常トス此場合ニ於テ其番頭ノ注意足ラサリシカ爲メ丁稚カ不法行為ヲ爲シ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルトセハ主人及ヒ番頭ハ共ニ全部義務ヲ負フコト多シ而シテ番頭ト主人トノ關係如何ト云ヘハ右ノ損害ハ結局番頭

ノ不注意ニ基クモノナルカ故ニ主人カ履行シタル賠償額ニ付テハ番頭ニ對シ求償權ヲ有スルモノトス』
尙ホ被用者ノ不法行為ニ付テハ無能力者ノ不法行為ノ場合ニ生セザリシ一問題アリ蓋シ無能力者ノ場
合ニ於テハ直接ノ行為者ニ責任ナキコトヲ前提トスルカ故ニ其直接ノ行為者カ監督者ニ對シテ責任ヲ
負フコトナシ即チ未成年者ニシテ未タ責任ヲ負フヘキ年齡ニ達セサル者ノ行為又ハ精神病者カ精神錯
亂セル場合ノ行為ニ付テハ其後見人ハ責任ヲ負ハサルヘカラサルコトアリ雖モ此場合ハ後見人ニ過
失アルカ故ニ自己ノ責任トシテ損害賠償ノ責ヲ負フモノナリ其無能力者ニ至リテハ法律上意思ナキ者
ト看ルカ故ニ何人ニ對シテモ責任ヲ負フコトナシ唯實際ニ付テ言ヘハ後見人ニ取リテハ甚ダ氣ノ毒ナ
ルカ故ニ父兄其他ヨリ之ニ相當スル金額其他ノ物ヲ與ヘ或ハ親族會ノ決議ヲ以テ後見人ノ損失ヲ償フ
コトアルヘキモ後見人ハ當然此等ノ權利ヲ有スルモノニ非サルナリ之ニ反シテ被用者ハ初ヨリ責任ア
ルコトヲ前提トスルカ故ニ其者ニ實力アルトキハ被害者ハ加害者本人ニ對シテ賠償ノ請求ヲ爲シ以テ
満足スルコトアルヘク此場合ハ三人ノ全部義務者アリ而シテ主人若クハ番頭カ丁稚ノ行為ニ付キ責任
ヲ負フニ至レルハ理論上ハ固ヨリ各自ノ過失ニ付キ責任ヲ負フモノナレトモ畢竟被用者ノ故意又ハ過
失ニ因リテ主人又ハ監督者ニ損害ヲ及ホスニ至リタルモノナルカ故ニ被用者ハ監督者又ハ主人ニ對シ
テ之ヲ賠償セサルヘカラス是レ第七百十五條第二項及ヒ第三項ニ規定セル所ナリ
使用者ニ代ハリテ事業ヲ監督スル者モ亦前項ノ責任ニ任ス
前二項ノ規定ハ使用者又ハ監督者ヨリ被用者ニ對スル求償權ノ行使ヲ妨ケス
以上ハ雇傭、委任若クハ之ニ類スル契約ニ因リ或人ノ爲メニ事業ヲ爲ス義務ヲ有スル者カ不法行為ヲ
爲シタル場合ノ説明ナリ次ニ請負人ノ不法行為ニ付キ説明スル所アラント欲ス

請負人ノ行為ニ付キ注文者カ責任ヲ負フヤ否ヤハ學者間ニ頗ル議論アル所ナリ予ノ信スル所而シテ我
民法ノ認ムル所ニ據レハ請負人ナル者ハ勞務者、受任者等ト異ナリテ原則トシテハ獨立ノ地位ニ在
ル者ニシテ他人ノ監督ヲ受ケテ仕事ヲ爲ス者ニ非ス縱令實際監督ヲ受クルモ是レ單ニ注文者カ自己ノ利
益ノ爲メニ成ルヘク請負契約ノ本旨ニ從ヒテ仕事ノ完成セラルルコトヲ望ム爲メニシテ之ヲ以テ注文
者ノ義務ト爲スコトヲ得ス隨テ原則トシテハ請負人ノ行為ニ付キ注文者カ責任ヲ負フコトナシ第七
百十六條ニ曰ク

注文者ハ請負人カ其仕事ニ付キ第三者ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責ニ任セズ但注文者又ハ指圖ニ付キ
注文者ニ過失アリタルトキハ此限ニ在ラス

右ノ原則ニハ一ノ例外アリ蓋シ注文者カ請負人ヲ監督スル義務ハ毫モ之ナシト雖モ請負人ヲ差圖スル
權利ハ則チ之アリ即チ注文者ハ自己ノ爲メニ或仕事ヲ爲サシムルモノナルカ故ニ契約ノ範圍内ニ於テ
其仕事ヲ自己ノ欲スル所ニ從ハシムルコトヲ得サルヘカラス此ノ如ク請負人カ注文者ノ指圖ヲ受ケテ
仕事ヲ爲ス場合ハ請負人ノ仕事ハ間接ニハ注文者ノ行為ナリト謂フヘク請負人ハ殆ト被用者ノ地位ニ
立ツモノナリ故ニ若シ注文者ノ指圖ニ過失アリタルニ因リ不法行為ヲ生スルニ至リタル場合即チ之カ
爲メニ他人ノ權利ヲ害スルニ至リタル場合ニ於テハ亦注文者カ其責任ヲ負ハサルヘカラサルナリ今其
場合ヲ例ヲ以テ説明センニ彼ノ家屋ノ建築ニ付テ言ヘハ注文者カ家屋ノ建築ヲ注文スルニ當リ十分
固ヲ爲スヲ要セストシ或ハ初メ約束ヲ爲サザリシトスルモ注文者又ハ其代理人カ地形ヲ爲スヲ監督シ
居リナカラ不十分ニテモ可ナリト言ヒタル爲メ請負人カ十分地形ヲ爲サシメ建築ニ著手シタルニ因
リ左マテ大ナラサル地震ノ爲メニ其半築ノ家屋顛倒シ隣家ニ損害ヲ及ホシタル如キ場合ニ於テハ被害

者ハ請負人ニ對シテ損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ルハ固ヨリナリト雖モ注文者ニ對シテモ亦之カ請求ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ請負人ニ對シテ之カ請求ヲ爲スコトヲ得ルハ固ヨリ疑ナリト所ナリ蓋シ前例ノ場合ニ於テ家屋ノ顛倒シタルハ地形ノ不完全ナルカ爲メニシテ其不完全ナル地形ハ注文者ノ注文ニ從ヒタルカ若クハ其指圖ニ出テタルモノナリト雖モ凡ソ建築ヲ請負フ者ハ相當ノ知識ヲ有スル者ナラサルヘカラス若シ其知識ナクシテ請負セタリトセハ是レ其者ノ過失ナリ相當ノ知識ヲ有シナカシ地形ノ不完全ナルトキハ顛倒ノ恐アルヲ以テ之ヲ完全ニスヘキコトヲ注文者ニ忠告セザリシハ亦請負人ノ過失ト謂ハサルヘカラス斯ル結果ノ豫想セラルル場合ニ於テハ縱令注文者ノ指圖アリト雖モ請負人ハ斯ル危險ナル建築ヲ爲スコトハ斷然拒絕セサルヘカラス只眼前ノ金銭上ノ利益ノミヲ見テ素人タル注文者ノ指圖ヲ甘受シ危險ナル家屋ヲ建築セントシタルハ請負人ニ過失アルコト論ヲ瑛タス隨テ自ラ損害賠償ノ責任セサルヘカラスナリ然レトモ此場合ニ於テハ注文者ニモ不當ナル指圖ヲ爲シタル過失アルカ故ニ亦其責任セサルヘカラス而シテ請負人ハ注文ニ從ヒテ義務ヲ履行シタルモノナルヲ以テ注文者ハ請負人ニ對シテ求償ヲ爲ス權利ヲ有セサルナリ(第六百三十六條但書ノ場合ニ於テハ求償權アルヘシ)是レ第七百十六條但書ノ規定アル所以ナリ(本文ノ例ニ於テハ併セテ次條ヲモ適用スヘシ)。

第三ニ工作物ノ占有者ノ責任ヲ説明セン凡ソ「工作物」ト云ヘハ主トシテ建物ヲ指スト雖モ彼ノ水樋ノ如キ工作物ニ付テモ法律上責任問題ヲ生スルコトアルヲ以テ廣ク「工作物」ト云ヘリ第七百十七條ニ曰ク

土地ノ工作物ハ設置又ハ保存ニ瑕疵アルニ因リテ他人ニ損害ヲ生シタルトキハ其工作物ノ占有者ハ

被害者ニ對シテ損害賠償ノ責任ヲ担フ但占有者ハ損害ノ發生ヲ防止スルニ必要ナル注意ヲ爲シタルトキハ其損害ハ所有者之ヲ賠償スルコトヲ要ス

先ツ條文ノ字義ヲ説明セン「設置」又ハ「保存」ニ瑕疵アル「ト」ハ前例ノ場合ニ於テ地形ヲ爲サスシテ家屋ヲ建築シタルハ設置ニ瑕疵アル場合ナリ又縱令地形ハ堅固ナリシトスルモ我邦ノ通例ノ家屋ニ在リテハ多年ノ後ニ於テハ往往傾斜スルコトアリ斯ル場合ニ於テハ相當ノ修繕ヲ加フルカ若クハ支柱ヲ施シテ其顛倒ヲ豫防セサルヘカラス若シ之ヲ爲ササルニ於テハ是レ所謂保存ニ瑕疵アル場合ナリ此ノ如ク設置タハ保存ニ瑕疵アリタルカ爲メニ其建物カ顛倒シ因リテ他人ノ身體、財産ニ損害ヲ生セシメタルトキハ何人カ其賠償ノ責任ニ任スヘキカ法律ハ工作物ノ占有者ヲシテ其責任ヲ負ハシムヘキモノトセリ蓋シ請負人ハ地形ニ付キ過失アリ又家屋ノ所有者ハ支柱ヲ施ササリシ過失アリト雖モ占有者タル者モ亦此等ノ豫防ヲ爲スコトヲ注意セサルヘカラス然ルニ占有者カ斯ル注意ヲ爲ササリシカ爲メニ顛倒スルニ至リタリトセハ占有者ニモ過失アリト謂ハサルヘカラス是ヲ以テ法律ハ第一ニ占有者ニ責任アリトセリ所謂「占有者」中ニハ種種ノ者アリ彼ノ他人ノ財産ヲ横領セル者、錯誤等ニ因リ善意ニ占有セル者、地上權者、永小作權者、賃借人、使用借主等ノ如ク權原ニ因リテ占有セル者等皆占有者中ニ包含スルモノトス隨テ此等ノ者ニ過失アラハ其責任ニ任セサルヘカラスナリ然ルニ建築ノ際既ニ建物ニ瑕疵アルシカ又ハ現占有者カ占有ヲ始メサル前既ニ保存ニ瑕疵アリタルニ因リ建物カ顛倒シタル場合ノ如キハ縱令占有者カ相當ノ注意ヲ施スモ仍ホ多クノ場合ニ於テハ其責任ヲ免ルコト能ハサルヘシ斯ル場合ニ於テ現在ノ占有者ニ責任ヲ負ハシムルハ酷ニ失スルヲ以テ其責任ハ所有者ニ歸セサルヘカラス即チ斯ル建物ヲ建築セシメタル所有者ニ過失アリトスヘク又其所有者カヨリ讓受ケタルモノナリシトキ

ト雖モ十分注意ヲ加ヘテ危險ヲ豫防スルノ處置ヲ執ルヘク若シ到底其危險ヲ免ルルコト能ハスト認メタルトキハ之ヲ取毀テテ危害ヲ未發ニ防クコトヲ要スヘク又前占有者カ保存ニ注意セザリシトキハ是レ亦所有者ノ過失ナリト謂ハサルヘカラス然ルニ世ノ學者往往誤ヲ傳フル者アルカ故ニ一言辨解シ置カン其說ニ曰ク所有者ハ所有物ニ付キ責任ヲ負ハサルヘカラスト是レ非ナリ凡ソ所有者カ普通ノ注意ヲ爲シテ物ヲ所有スルモ時トシテ其所有物自體カ他人ニ損害ヲ加フルコトナシトセス例ヘハ庭園ニ樹木ヲ植ウルハ所有者ノ權利ナリ又商店ニ商品ヲ飾ルハ店主ノ權利ナリ故ニ其植付並ニ飾方ニ十分ノ注意ヲ加ヘタル以上ハ縱令其樹木カ風ノ爲メニ倒レ商品カ地震ノ爲メニ崩レテ他人ニ損害ヲ加ヘタルトスルモ所有者ハ其損害ノ責任スルコトナシ唯前ニ述ヘタル場合ニ於テハ所有者カ危險ヲ豫防ニ付キ相當ノ注意ヲ爲サザリシカ故ニ其責任スヘキモノニシテ必スシモ所有者ナルカ故ニ責任ヲ負フニ非サルナリ是レ工作物ノミニ限ラス竹木ニ付テモ亦同シキ所ナリ即チ竹木ヲ植ユ又ハ之ヲ支持スルニ付キ注意ヲ缺キタルトキハ占有者先ツ其責任ニ任シ占有者ニ責任ナキトキハ所有者其責任ニ任スヘキモノトセリ第七百十七條第二項ニ曰ク

前項ノ規定ハ竹木ノ栽植又ハ支持ニ限アル場合ニ之ヲ準用ス

此等ノ場合ニ付テモ亦被用者ノ行為ニ付キ説明シタルト同趣旨ノ規定アリ第七百十七條第三項ノ規定是ナリ

前二項ノ場合ニ於テ他ニ損害ノ原因ニ付キ其責任スヘキ者アルトキハ占有者又ハ所有者ハ之ニ對シテ求償權ヲ行使スルコトヲ得

例ヘハ建築請負人、植木屋等カ注文者ヨリ十分ノ注意ヲ以テ堅牢ナル家屋ヲ建築シ又ハ十分堅固ニ植

付クヘキコトヲ命セラレタルニ拘ハラス地形ヲ不十分ニシ柱ノ建方ヲ誤リ又ハ樹木ノ植方又ハ其支持不完全ナリシカ爲メニ損害ヲ生シタル場合ニハ占有者又ハ所有者ノ責任ハ爲メニ毫モ減少スルコトナシト雖モ占有者又ハ所有者ハ請負人又ハ植木屋等ニ對シテ賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ是レ明文ナキモ疑ナキ所ナリト雖モ占有者、所有者ノ責任ノミヲ規定シテ此等ノ者ノ責任ヲ規定セザルトキハ誤解ヲ生スル恐アルヲ以テ念ノ爲メニ明文ヲ置キタルナリ

第四ハ動物ノ占有者ニシテ第七百十八條ニ規定セリ曰ク

動物ノ占有者ハ其動物カ他人ニ加ヘタル損害ヲ賠償スル責任ニ任ス但動物ノ種類及性質ニ從ヒ相當ノ注意ヲ以テ其保管ヲ爲シタルトキハ此限ニ在ラス

占有者ニ代ハリテ動物ノ保管スル者モ亦前項ノ責任ニ任ス

彼ノ工作物ノ所有者ノ責任ニ關シテ誤解アルカ如ク動物ノ占有者ノ責任ニ付テモ亦誤謬ノ見解アリ動物ノ占有者ハ動物ノ占有者ナルカ爲メニ其動物ノ加ヘタル損害ヲ賠償スル責任アルカ如ク説明スル者アリ然レトモ雇主カ責任ヲ負フハ雇主人ノ行為ナルカ爲メニ非サルト同シク動物ノ加ヘタル損害ニ付テモ動物ノ占有者ナルカ故ニ責任ヲ負フニ非スシテ動物カ他人ニ損害ヲ加フルニ至リタルハ其占有者ニ過失アリシカ爲メナルカ故ニ占有者ハ其過失ノ責任ニ任スルモノナリ蓋シ動物ハ動物ニシテ人ニ害ヲ及ボスモノナリ故ニ其占有者タル者ハ十分ノ注意ヲ以テ之ヲ監督セザルヘカラス若シ其監督ヲ怠リ爲メニ他人ニ損害ヲ加フルニ至リタルトキハ占有者ハ之カ責任ヲ辭スルコトヲ得ニ唯證據問題トシテハ消極的ニ占有者カ十分ノ注意ヲ加ヘザリシコトヲ證明スルハ頗ル困難ナルカ故ニ彼ノ雇主カ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ雇主ニ不注意アリシモノト推定スルト同シク動物ノ占有者モ亦反對ノ證據アルマテ

ハ過失アリシモノト推定スルナリ但其占有者ニ於テ十分ノ注意ヲ爲シタル反證ヲ舉ケレハ則チ其責任ヲ免ルルコトヲ得ヘシ是レ元來動物ノ行為其自身ニ付テ責任アルニ非スシテ自己ノ不注意云フ消極的行爲ニ付テ責任アルヲ以テナリ

本條ニ所謂「動物ノ種類及ヒ性質ニ從ヒ」トハ例ヘハ猛獸ノ占有者ハ家畜獸ノ占有者ヨリ多クノ注意ヲ爲スヘク同シク家畜獸ナルモ溫順ナル犬ノ如キハ格別ノ注意ヲ加フルコトヲ要セサルモノニ嚙付タノ辦アル犬ナルトキハ特ニ注意シテ或ハ鎖ニテ繋置タカ或ハ口ニ金物ヲ嵌ムル等ノ方法ニ依リ人ニ嚙付タコト能ハサラシメサルヘカラス此ノ如キ注意ヲ加ヘタルモ仍ホ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合例ヘハ其犬ニ食物ヲ與フルカ爲メニ一時金物ヲ取外シ居ル際他人カ近キ來レルニ由リ其人ニ注意ヲ與ヘタルモ之ヲ意トセスシテ進ミ寄り遠ニ嚙付カレタル場合ノ如ク占有者ニ過失ナキトキハ占有者ハ敢テ責任ヲ負フコトナシ又例ヘハ檻中ニ入レ番人ヲ附ケ置キタルニ拘ハラス他人カ其檻ニ接近シテ傷ヲ被リ衣服ヲ裂カレタル場合ノ如キハ占有者ニ過失アリト謂フコトヲ得ス然レトモ動物ノ占有者ニシテ十分注意ヲ施セハ如何ナル猛獸ト雖モ通常他人ニ損害ヲ加フルコトナキヲ以テ反證ヲ舉タルマデハ占有者ニ過失アリト推定スルモ敢テ苛酷ナリト謂フヘカサルナリ

此ノ如ク動物ノ占有者ノ責任ハ前ニ述ヘタル工作物ノ占有者ノ責任ト相類スル所アリ隨テ其規定同様にナルヘキニ似タリ然ルニ兩者其規定ヲ異ニセリ今其重ナル點ヲ舉ケレハ工作物カ他人ニ損害ヲ加ヘタル場合ニ占有者ニ過失ナキ場合ニ於テモ所有者ニ責任アリ之ニ反シテ動物ニ因ル損害ノ場合ニハ此ノ如キ規定ナシ其理由如何他ナシ工作物ハ人ノ作製シタルモノナルカ故ニ所有者カ之ヲ作製スルニ當リテ十分ノ注意ヲ缺キタル場合ニ於テハ所有者ニ其責任アルモ動物ニ至リテハ之ト異ナリテ固ヨリ人ノ

作製シタルモノニ非サルカ故ニ所有者ノ作製ニ不完全ノ廉アリテ爲メニ他人ニ損害ヲ加ヘタリト謂フコト能ハスシテ單ニ保管ニ付キ注意ヲ缺キタリト云フニ歸ス隨テ現在保管セル占有者ノミニ責任アリトシ所有者ニ責任アリトセサルナリ尙ホ之ト同理ニ由リ工作物ニ付テハ所有者又ハ占有者ハ工事請負人等ニ對シテ求償權ヲ有スルモ動物ニ付テハ斯ル規定ナシ是レ亦動物ハ人ノ作製シタルモノニ非サルカ故ナリ唯強ヒテ類似ノ場合ヲ想像スレハ動物ヲ入レ置タ檻ヲ人ニ作ラシムルニ當リ占有者カ之ヲ堅牢ニスヘキヲ命シタルニ請負人其約ニ背キ粗造ニ仕上ケタルカ爲メニ動物カ檻ヲ破リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルカ如キ場合ニ於テハ其請負人ニ惡意又ハ不注意アリシモノナルカ故ニ占有者ノ負擔シタル損害ハ請負人ノ之カ賠償ノ責任ニ任セサルヘカラス又狂犬ヲ繋タ爲メニ特ニ堅牢ナル鎖ヲ注文シタルニ瑕疵アルモノヲ賣付ケタル爲メニ其犬カ鎖ヲ切リテ人ニ嚙付キタル場合ノ如キモ占有者ハ其鎖ノ賣主ニ對シテ求償權ヲ有スルコト勿論ナリ故ニ全ク求償權ニ關スル規定ノ適用ナキニ非サレトモ工作物ニ關スル如ク頻繁ナラス且最モ疑ナキ所ナルカ故ニ法律ニハ規定ヲ置カサリシナリ

之ニ反シテ本條ニ於テハ占有者ニ代リテ動物ヲ保管スル者ノ責任ニ關シ規定ヲ設ケタリ是レ最モ頻繁ナル事實ナレハナリ例ヘハ下男ヲシテ犬其他ノ動物ヲ保管セシメタルニ其者ノ不注意ニ因リテ他人ニ損害ヲ加フルニ至リタルトキハ恰モ前ニ説明シタル被用者ノ行為ニ付キ使用者カ責任ヲ負フ場合ニ於ケルカ如ク右ノ保管者モ亦責任ヲ負ハサルヘカラス是レ猶ホ被用者ノ行為ニ付キ使用者カ責任ヲ負フ場合ニ於テ使用者ノ爲メニ被用者ヲ監督スル者モ亦其責任ニ任セサルヘカサルカ如シ

尙ホ動物ノ實際ノ保管者及ヒ占有者ハ被害者ニ對シ共ニ所謂「全部義務」ヲ負フ故ニ一方カ其債務ヲ履行スレハ最早損害ナキニ至ルヲ以テ他ノ者ノ債務ハ之ニ因リテ消滅ス而シテ此兩人相互ノ關係ニ於テ

ハ占有者カ先ニ損害ヲ賠償シタルトキハ實際ノ保管者ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得ルモ實際ノ保管者ハ占有者ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得ス尙ホ右ノ場合ニ於テハ實際ノ保管者ハ占有者ノ被用者ナル場合多カルヘシト雖モ其被用者タル場合ニ於テモ第七百十八條第二項ノ規定ヲ適用スヘキノミナラス寧ロ此場合ニ於テ特ニ右ノ規定ノ必要ヲ見ルナリ

終ニ一言スヘキモノアリ第七百十五條ノ場合即チ被用者ノ行為ニ付キ使用者カ責任ヲ負フ場合ニ關シテハ使用者カ被用者ニ對シテ求償權ヲ有スル旨ヲ規定セリ是レ蓋シ被用者カ其事業ニ關シ不法行為ヲ爲シメニ使用者ヲシテ損害賠償ヲ爲スノ已ムヲ得サルニ至ラシメタルハ大抵其者ト使用者トノ關係ニ於テ契約其他ノ原因ニ由リ責任アルヘキ所ナルヲ以テナリ之ニ反シテ動物ハ權利義務ノ主體ト爲ラサルカ故ニ固ヨリ責任ヲ負フコトナキヲ以テ斯ル規定ヲ存セサルナリ

第五ハ共同不法行為者ノ責任ナリ「共同不法行為者」トハ數人共同シテ一ノ不法行為ヲ爲シタル者ヲ謂フ例ヘハ二人若クハ三人ニテ同時ニ一人ヲ毆打シタル場合ノ如シ茲ニ稍ヤ疑ハシキモノアリ他ナシ教唆者及ヒ幫助者はナリ刑法ノ理論ヨリ言ヘハ教唆者及ヒ幫助者ハ果シテ共同行為者ナリヤ否ヤ疑ナキニ非スト雖モ民法ニハ各明文アルカ故ニ其責任ニ付テハ通常問題ヲ生セス然ルニ民法上ニ於テハ若シ明文ヲ缺クトキハ頗ル疑ナキコト能ハス例ヘハ甲カ教唆シタルカ爲メニ乙カ不法行為ヲ爲シタルトセハ甲ハ乙ト行為ヲ共ニシタルモノト謂フコトヲ得ルカト云フニ孰レニモ觀ルコトヲ得サルニ非ス殊ニ幫助ニ至リテハ通常本人ノ行為ト區別シテ觀察スルナルヘシ例ヘハ甲カ乙ノ丙ヲ傷ケントスルヲ知リ乙シ石ヲ與ヘテ乙ハ之ヲ丙ニ投付ケテ負傷セシメタル如キ場合ニ於テ甲カ石片ヲ與ヘタル行為ト乙カ其石片ヲ丙ニ投付ケタル行為トハ別異ナリト謂フモ毫モ不當ニ非ス然レトモ法律上ヨリ觀レハ兩人

ノ行為ニ因リテ一ノ不法行為ヲ生シタルモノナリ即チ甲カ教唆スルコトナカリセハ乙ハ不法行為ヲ爲ササリシナルヘク又甲カ石片ヲ與フルコトナカリセハ乙ハ丙ヲ負傷セシムルコト能ハサリシヤモ知ルヘカサルヲ以テ其行為ニ付テハ孰レモ實行者ト同一ノ責任ヲ負ハサルヘカラスセリ第七百十九條

第二項ニ曰ク

教唆者及ヒ幫助者ハ之ヲ共同行為者ト看做ス

即チ其實共同行為者ニ非サルモ法律上之ヲ共同行為者ト看做シタルナリ今此共同行為者ノ責任如何ヲ考フルニ若シ明文ナカリセハ結局全部義務成立スヘシト信ス何トナレハ此場合ニ於テハ各自カ損害ノ原因者ナレハナリ隨テ其一人カ全部ヲ辨濟シテ了レハ損害ナキニ至ルヲ以テ最早他ノ者ニ對シテ其賠償ヲ求ムルコト能ハサルナリ然リト雖モ法律ハ被害者ヲ保護スルカ爲メニ其不法行為者ヲ連帶責任者トセリ即チ其一人ニ對シテ全部ヲ請求スルコトハ明文ナキモ仍ホ能フヘシト雖モ法律ハ其各自ヲ唯一ノ債務者ノ如ク看做シ甲ニ對スル行為カ或範圍ニ於テ乙ニモ影響スル等債權者ノ便利ヲ圖レリ其結果トシテ不法行為者間ノ求償權モ亦認メラルルナラント信ス法律ハ明カニ連帶ト云ヒ而シテ之ニ付キ特別ノ規定ナキカ故ニ勢ヒ連帶債務ノ款ノ規定ヲ適用スルノ外ナカルヘシ然ルニ連帶債務ノ款ノ規定ニ依レハ連帶者ノ一人カ全部ヲ辨濟シタル場合ニ於テハ他ノ者ニ對シテ求償ヲ爲スコトヲ得而シテ不法行為ノ場合ニハ各自ノ負擔部分ナルモノ定マレル理ナキカ故ニ債務者ノ多數ナル場合ニ關スル原則ニ從ヒ平等ノ割合ヲ以テ義務ヲ負擔セサルヘカラス故ニ共同不法行為者カ二人ナルトキハ結局各ノ損害ノ半額ヲ負擔スヘキヲ以テ其一人カ全部ヲ辨濟シタルトキハ他ノ者ニ對シ其半額ニ付キ求償ヲ爲スコトヲ得ヘク若シ三人ナルトキハ他ノ二人ニ對シ各三分ノ一ニ付キ求償ヲ爲スコトヲ得ヘキナリ是レ第四

百四十二條ノ規定ニ依リテ明カナリ唯此規定ト嘗テ説明シタル第七百八條トヲ對照スルニ或ハ法律ノ精神一貫セサル嫌ナキニ非ス第七百八條ハ「不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲シタル者ハ其給付シタルモノノ返還ヲ請求スルコトヲ得ス」トノ規定ナリ此規定ハ不法ノ原因ノ爲メ給付シタル者カ其給付シタルモノヲ返還セシメントスルニハ自己ニ不法ノ目的アリシコトヲ言明シテ裁判所ノ保護ヲ求メ給付シタル者カ故ニ斯ル請求ハ之ヲ許スヘカラストノ趣旨ニ出テタルコト前ニ説明シタルカ如シ共同不法行為者ニ至リテモ共同シテ不法行為ヲ爲シタルニ因リ損害賠償ノ責任スルモノニシテ其辨濟者カ他ノ者ニ對シ求償ヲ爲スニ當リテハ自己ノ不法行為ヲ裁判所ニ申立テテ請求スルニ至ルハタ法律ノ精神ヨリ言ヘハ第七百八條ノ場合ト同一ニ之ヲ規定セサルヘカラストカ如シ然ルニ一ハ求償ヲ許シ他ハ求償ヲ許ササルハ不權衡ノ嫌ナキニ非ス此點ニ付テハ不法行為ニ關スル規定力寧ロ其當ヲ得タルモノニシテ第七百八條ノ規定ハ不當ナリト信ス或ハ第七百八條ノ規定ニ基キ共同不法行為者間ノ求償權ハ之ヲ認ムヘキモノニ非スト唱フル者アルヤモ知ルヘカラスト雖モ其誤レルコト明白ナリ第七百八條ハ不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲シタル者カ返還ヲ請求スルコトヲ得ストアリ然ルニ共同不法行為ノ場合ニ於テハ不法行為者ノ一人カ被害者ニ對シテハ給付シタルニ相違ナシト雖モ之ヲ其被害者ニ對シテ返還セヨト請求スルニ非ス又被害者ニ給付シタルハ決シテ不法ノ原因ニ因ルニ非ス隨テ「不法ノ原因ノ爲メ給付ヲ爲シタル者」ト謂フコトヲ得ス不法行為カ債務發生ノ原因ナルモ其債務ヲ履行スルハ法律ノ命スル所ニシテ決シテ「不法ノ原因ノ爲メ」之ヲ爲シタルニハ非サルナリ又共同不法行為ノ場合ニ於テハ其一人ハ何ヲ求ムルカト云フニ他ノ不法行為者ニ對シテ自己ノ辨濟シタルモノノ一部分ヲ償フヘキコトヲ求ムルモノナリ故ニ到底第七百八條ヲ適用スルコト能ハサルコト明カナリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ

此兩條ハ其權衡ヲ失スルコトナキカラ疑ハサルコトヲ得サルナリ

尙ホ共同不法行為ニ付キ一ノ問題アリ蓋シ不法行為者ノ行為ニ因リテ損害ヲ生シタルコト即チ其行為ト損害トノ關係ヲ明カニスルニ非サレハ被害者ハ賠償ヲ求ムルコトヲ得ス故ニ純然タル理論ヨリ言ヘハ數人カ或一人ヲ毆打シテ負傷セシメタル場合ニ於テハ何人ノ毆打ニ因リテ傷ヲ負ハシメタルカ證明スルニ非サレハ損害賠償ヲ請求スルコト能ハサルノ理ナリ然ルニ斯ル場合ニ於テハ其行為者スラ自己ノ負ハシメタル傷ノ何レナルカラ知ルコト能ハサルヲ常トス況ニ被害者ニ於テハ其行為者スラ證明ヲ爲スコト能ハサルヘシ然ルニ此證明ヲ爲スコト能ハサルカ爲メニ損害賠償ヲ爲サシムルコトヲ得ストセハ法律ハ實ニ無勢力ナリト謂ハサルヘカラスト是ヲ以テ純然タル理論ヨリ言ヘハ多少穩當テラサル嫌ナキニ非スト雖モ元來其不法行為者ハ皆同一ノ目的ヲ以テ毆打シタルモノナルカ故ニ縱令實際ニ於テハ其總テノ者カ負傷セシメサリシニモセヨ其全員ヲシテ責任ヲ負ハシムルモ敢テ不當ナリト謂フコトヲ得ス然ラスンハ被害者ハ殆ト救済ノ途ナキニ至ルヘシ故ニ法律ハ總テノ不法行為者ヲ共同行為者ト認メ連帶シテ之カ責任ヲ任スヘキモノトセリ第七百十九條第一項ニ曰ク「數人カ共同ノ不法行為ニ因リテ他人ニ損害ヲ加ヘタルトキハ各自連帶ニテ其賠償ノ責任ヲ共同行為者中ノ孰レカ其損害ヲ加ヘタルカラ知ルコト能ハサルトキ亦同シ」第六ハ正當防衛ノ場合ナリ正當防衛ハ刑法ニ於テモ認ムル所ニシテ刑法ヲ以テ罰スル行為ヲ爲スモ其行為ニシテ正當防衛ニ出テタルモノナルトキハ無罪ナリ況ヤ其行為カ刑法ノ犯罪ヲ構成スル性質ノモノニ非サル場合ニ於テハ其加害者ハ民法上ニ於テモ何等ノ責任ヲ負フヘキ理ナシ唯如何ナル場合ニ於テ正當防衛ト云フコトヲ得ルカハ學者間ニモ議論アリテ困難ナル問題ニ屬スルカ故ニ法律ハ特ニ之ヲ

規定セリ第七百二十條第一項ニ曰ク

他人ノ不法行為ニ對シ自己又ハ第三者ノ權利ヲ防衛スル爲メ己ムコトヲ得シテ加害行為ヲ爲シタル者ハ損害賠償ノ責任ヲ任セス但被害者ヨリ不法行為ヲ爲シタル者ニ對スル損害賠償ノ請求ヲ妨ケス

例ヲ以テ説明センニ甲カ乙ニ襲撃セラレントシ己ムヲ得シテ之ヲ防衛シ其結果却テ乙ニ損害ヲ加フルニ至リタリトスルモ其防衛者ニ責任ナキノミナラス甲カ乙ニ襲ハレ既ニ危害ヲ受ケントスル際丙之ヲ傍觀スルニ忍ヒス甲ニ助力シテ乙ヲ防キ之カ爲メニ乙ヲ傷ケ又ハ其衣服ヲ破リタリトスルモ丙ハ其損害ノ責任ヲ任スルコトナシ又例ヘハ甲カ乙ニ向ヒ木片ヲ抛テタルニ由リ乙ハ之ヲ其携フル所ノ杖ヲ以テ受拂ヒタルニ其木片カ近傍ノ商店ニ飛ヒテ商品ヲ破壊シタル如キ場合ニ於テモ乙ハ責任ヲ負フコトナシ但此場合ニ於テハ甲カ乙ニ對シ不法行為ヲ爲シタル結果右ノ商品ヲ破壊スルニ至リタルモノナルカ故ニ其商店ノ主人ハ甲ニ對シ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘシ

以上ハ純然タル正當防衛ノ場合ナリ尙ホ之ニ準スヘキモノアリ即チ他人ノ不法行為ニ對シテ防衛ヲ爲スニ非スシテ全ク天災ノ爲メニ危難ニ遭遇シ其危難ヲ避ケンカ爲メニ他人ニ損害ヲ加フルニ至リタル場合はナリ第七百二十條第二項ニ規定セル所ナリ曰ク

前項ノ規定ハ他人ノ物ヨリ生シタル急迫ノ危難ヲ避クル爲メ其物ヲ毀損シタル場合ニ之ヲ準用ス例ヘハ甲カ街路ヲ通行セル際乙ノ店頭ニ飾レル商品カ地震ノ爲メニ顛倒シ將ニ甲ヲ傷ケントスルニ當リ甲ハ之ヲ排除シ爲メニ其商品ヲ破壊スルニ至リタルカ如シ斯ル場合ニ於テハ甲ニ過失アリト謂フコト能ハサルカ故ニ之ニ損害賠償ノ責任ヲ負ハシムヘキニ非ヌ又前項但書ノ場合ニ於テモ其適用アルカ如シ例ヘハ乙カ丙ノ所有品ヲ甲ニ抛テ甲ハ之ヲ受拂ヒタルニ因リ之ヲ破毀シタルトセハ同シク他人

ノ物ヨリ生シタル急迫ノ危難ヲ避クル爲メ其物ヲ毀損シタルト謂フコトヲ得サルニ非ス然レトモ予ノ信スル所ニ據レハ此場合ハ寧ロ前項ノ場合ニ入ルモノト解スルヲ穩當トス但孰レニ解スルモ其結果ヲ異ニスルコトナキカ故ニ深ク爭フ必要ナシ其他ノ危難例ヘハ火災ヲ避クルカ爲メニ隣家ノ垣ヲ破壊シタル場合ノ如キニ於テハ若シ斯ル手段ヲ執ルニ非サレハ一命ヲ失スルヤモ測ルヘカサルヲ以テ其行為ニ責任ナシトスヘキニ似タリト雖モ故意ヲ以テ他人ノ垣ヲ破壊シタルモノナルヲ以テ其損害ハ之ヲ賠償セサルコトヲ得ス蓋シ生命ハ財産ヨリ重キコト疑ナキモ是レ自己ノ生命ハ自己ノ財産ヨリ重シト云フ正當防衛之カ爲メニ他人ノ財産ヲ毀損スルノ權利ナケレハナリ

尙ホ此正當防衛及ヒ急迫危難ニ付テハ現行刑法ハ不完全ナリトノ譏アルヲ以テ改正草案ニハ頗ル詳細ノ規定アリ(刑法改正案第四五條、第四六條)民法ニ於テハ刑ノ輕重ノ如ク損害賠償ノ程度ニ輕重ナキヲ以テ己ムコトヲ得サルト否トニ依リテ責任ノ有無ヲ決セサルヘカラス刑法改正案第四十六條ノ規定ニ付テハ議スヘキコトナキニ非サルモ本講義ノ範圍外ニ涉ルカ故ニ之ヲ論セス唯民法ノ規定トハ同シカラサル所アルコトヲ一言シ置クニ止ムヘシ

以上ヲ以テ不法行為ノ責任者ヲ説キ了レリ

第三節 不法行為ノ求償權者

不法行為ノ求償權者則チ不法行為ノ原因ニ基ク損害賠償ヲ要求スル權利ヲ有スル者ハ原則トシテ被害者ナリ此事タル法文ニ明記ナキモ殆ト言フヲ埃タル所ナリ(第七〇九條、第七一〇條參觀)而シテ被害者(即チ「損害ヲ受ケタル者」トハ通常自己ノ權利ヲ侵害セラレタル者はナリ例ヘハ他人ノ行為ニ因

リヲ子ノ所有ニ屬セル動産、不動産カ毀損ヲ受ケタリトセハ子ノ權利カ侵害セラレタルモノニシテ其損害ヲ受ケタル者ハ即チ子ナリ隨テ子ハ其賠償ヲ要求スルノ權利ヲ有ス他人ノ行為ニ因リテ子ノ身體ニ傷ヲ受ケタル場合亦同シ唯例外トシテ權利ヲ侵害セラレタル者ト損害ヲ受ケタル者ト異ナルコトアリ即チ賠償ヲ求ムル權利ヲ有スル者カ自己ノ權利ヲ侵害セラレタル者ニ非シテ却テ他人ノ權利カ侵害セラレタルニ因リ間接ニ損害ヲ受ケタル者アリ是レ前ニ説明シタル如ク第七百一十一條ニ規定セル所ナリ例ハ甲カ乙ニ殺害セラレタルニ因リ其者ヨリ扶養ヲ受ケツツアリシ丙例ハ父母、配偶者、子等カ直チニ其扶養ヲ受ケタルノ權利即チ財產權ヲ害セラレ爲メ乙ニ對シ損害ノ賠償ヲ求ムルコトヲ得ルハ第七百一十一條ノ適用ニ依ルニ非シテ第七百九條ノ原則ニ依レルモノナリ今茲ニ論ゼン欲スル所ハ斯ル場合ニ非シテ被害者ノ父母、配偶者、子等カ扶養ヲ受ケタルノ必要ナキ場合ニ於テモ仍ホ損害ヲ受ケルコト是ナリ即チ貴重ナル子ヲ亡ヒ、妻ヲ亡ヒ、親ヲ亡ヒ爲メニ悲哀ヲ感スルニ至リタルハ是レ大ナル損害ナルヲ以テ加害者ハ之ヲ賠償セサルヘカラス學者通常此種類ノ賠償ヲ名ケテ慰○金ト曰フ此場合ニ於テハ其加害者ハ不法行為ヲ爲シタルモノナルコト明カナルヲ以テ加害者タル乙ハ甲ノ父母、配偶者、子カ痛苦ヨリ受ケタル損害ヲ賠償セサルヘカラス尙ホ此場合ニ於テハ單ニ悲哀ナル損害ニ止マラサルコトアリ彼ノ老後ノ特トスル者ヲ亡ヒタルカ如キ是ナリ其他夫ヲ亡ヒタルカ爲メニ寡婦ト爲ラ或ハ再ヒ婚嫁スルノ已ムコトヲ得サルニ至リ或ハ妻カ殺サレタル爲メニ後妻ヲ娶ルノ必要ヲ生スル等種種ノ不利益アリ就中子ノ如キハ其損害最モ甚シキモノニシテ世ノ親ヲ亡ヒタル子カ其親ヲ慕ヒ事毎ニ親アラハ斯ル苦ヲ受ケサリシナルヘシト考ヘ又親アラハ樂シカラニト思フノ情ハ實ニ言フヘカサルモノアリ其他教育上損害ヲ受ケルコト大ナルヘシ此等ノ損害ハ總テ之ヲ金錢ニ見積リテ賠償セシ

ムルコトヲ得ルモノトス此事ニ付テハ若シ明文ナキニ於テハ頗ル疑ヲ生スヘキヲ以テ第七百一十一條ニ明文ヲ掲ケタリ是レ第一ノ特例ナリ

第二ノ特例ハ胎兒ニ關ス即チ親カ損害ヲ受ケタル當時其子ハ未タ胎内ニ在リシトキハ未タ人格ヲ具ヘサリシモノナルカ故ニ固ヨリ權利ノ主體タルコトヲ得ス故ニ此胎兒カ損害賠償ヲ求ムルノ權利ヲ有スルノ理ナシ然ラハ出生シタルトキハ如何是レ明文ナキニ於テハ頗ル疑ナキコトヲ得ス何トナレハ其子ノ生レタル時ハ既ニ親カ損害ヲ受ケタル後ナリ故ニ親ノ受ケタル損害ヲ後日生ルヘキ子カ直接ニ受ケタリト謂フコトヲ得ス今子ノ出生セサル前其父カ殺害セラレタルニ因リ後日子カ損害賠償ヲ要求シタリトセシニ加害者ハ或ハ之ニ抗辯シテ曰ハン「余カ汝ノ父ヲ殺シタルハ不法行為ナルモ之カ爲メニ汝ヨリ賠償ノ請求ヲ受ケタルノ理ナシ何トナレハ余カ汝ノ父ヲ殺シタルハ當時ニ在リテハ汝ハ未タ生レ居ラサリシニ今日ニ於テ父ナキカ爲メニ種種ノ損害アリト曰フハ不當ナリ汝ノ父ハ縱令余カ殺サリシトスルモ或ハ病死セシヤモ知ルヘカラス故ニ余カ汝ノ父ヲ殺シタルカ爲メニ汝カ直接ニ損害ヲ受ケタリト主張スルコトヲ得ス」ト其負債セシメタル場合モ亦同シ然レトモ公平ナル眼ヨリ之ヲ觀レハ斯ル抗辯ヲ許スヘキニ非ス蓋シ胎兒ハ明文ナキニ於テハ權利ノ主體タルコト能ハサルモノナリト雖モ苟モ一方ニ不法行為ノ成立スル以上ハ胎兒ヲシテ損害要價ノ權利ヲ有セシムルヲ以テ公平ナリ、穩當ナリトセサルヘカラス是ヲ以テ第七百一十一條ノ規定アリ曰ク

胎兒ハ損害賠償ノ請求權ニ付テハ既ニ生マレタルモノト看做ス

前ニ述ヘタル如ク子カ母ノ胎内ニ在ルニ當リ父カ殺サレタルニ因リ出生ノ後父ヨリ扶養ヲ受ケルコト能ハス又終身實父ヲ見ルコト能ハサル不幸ノミナラス父ヨリ教育ヲ受ケルコト能ハサルヨリ生スル損

害渺カラス又母カ暴行ヲ受ケタルニ因リ子カ不具ト爲リテ出生シタリトセハ其損害極メテ大ナリ父カ他人ノ暴行ニ因リテ不具ト爲リ子ノ出生後爲メニ父ヨリ扶養ヲ受ケルコト能ハサル場合ノ如キモ固ヨリ損害アリト謂ハサルヘカラス總テ斯ル場合ニ於テハ其子ハ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ルモノトセリ第二例及ヒ第三例ノ場合ニ於テ母又ハ父モ亦損害賠償ヲ請求シ得ルコト勿論ナリトス胎兒ノ損害賠償請求權ニ付テハ往往誤解スル者アルカ故ニ一言説明セサルヘカラスモノアリ蓋シ第七百二十一條ノ法文極メテ簡ナルカ故ニ誤解ヲ招クニ至リタルモノニシテ一應無理ナラサルコトナリ曰ク胎兒ハ其未タ生レサル前既ニ權利ヲ有スルモノナリ法文ニ「既ニ生マレタルモノト看做ス」トアルカ故ニ母ノ胎内ニ在リナカラ法律上一種ノ人格ヲ具ヘテ權利ノ主體タル爲ル如キハ到底アリ得サ何ニ法律ノ「フクシヨ」トハ云ヘ獨立ノ身體ヲ具ヘサル者カ權利ノ主體ト爲ル如キハ到底アリ得サルコトニ屬ス若シ之ヲ種極ニ解センカ此ニ一、奇妙ナル結果ヲ生ス即チ若シ其胎兒カ死體ニテ生レタル場合即チ流産シタルトキハ即チ權利主體ノ死亡ト看サルヘカラス果シテ然リトセハ又其相續カ開始セサルヘカラス然ルニ斯ル論ハ古來會テ聞カサル所ナルノミナラス如何ニ法律ノ「フクシヨ」トハ云ヘ必要ナキ「フクシヨ」ト謂ハサルヘカラス此事ニ付テハ予ハ初ヨリ事理極メテ明瞭ナリト信スルカ故ニ如何ニ「胎兒ハ既ニ生マレタルモノト看做ス」ト規定スルモ未タ生レサル前ニ當リテ既ニ權利ヲ有スル者ナリト云フ如キ解釋ヲ生セサルヘク隨テ胎兒カ死體ニテ生レハ初ヨリ損害賠償ヲ要求スル權利ナカリシモノト信シテ毫モ疑ハサリシナリ然ルニ相續編ヲ調査スルニ當リ不圖其疑ヲ生シ遂ニ相續編ニハ明文ヲ置クコトト爲レリ(第九六八條)是ニ由リテ却テ債權編ノ解釋疑ハシキニ至レリ諸君ノ知ル如ク相續編ノ編纂セラレタル時ハ第一編乃至第三編ハ既ニ法律トシテ發布セラレタル後ナリシヲ

以テ他ノ法律ヲ以テスルニ非サレハ修正ヲ加フルコト能ハサルカ故ニ其儘ニ爲リ唯リ相續編ニノミ明交ヲ見ルニ至レリ初メ相續編ノ草案ニ於テモ債權編ニ於ケル如キ規定ナリシカ胎兒カ死體ニテ生レタルトキハ相續ニ如何ナル結果ヲ及ボスカノ疑ヲ起シタル者アリシニ對シ其胎兒カ初ヨリ相續權ヲ有セサルコト勿論ナリト答辨シタルモ然ラハ其趣旨ヲ明記スルニ若カストノ議論ヲ生シ遂ニ第九百六十八條第二項ヲ加フルニ至リシナリ然レトモ損害賠償ニ付テモ胎兒カ死體ニテ生レタルトキハ復タ要債權ナキコト固ヨリナリ蓋シ相續編ハ債權編ヨリ後ニ成リタル法律ナルカ故ニ多少文例ヲ異ニスルコトアルハ敢テ怪シムニ足ラス而シテ未タ出生セサル胎兒カ權利ヲ有スルカ如キハ事理ニ於テアリ得サル事ニ屬スルカ故ニ結局債權編ノ解釋モ亦相續編ト同一ナラサルヘカラスト信ス故ニ第七百二十一條ノ規定ハ單ニ胎兒ハ不法行為ノ當時未タ出生シ居ラサルヲ以テ其出生後ニ於テモ之ニ關シテ損害賠償ヲ求ムル權利ヲ有セサルニ非サルカノ疑問ヲ否定シテ既ニ出生シタルモノト同一ニ看做スト云フ趣旨ノミヲ明言シタルモノト解スヘキモノナリ即チ胎兒カ出生セハ其時ヨリ人格ヲ生シ隨テ權利ノ主體ト爲ルモノナルモ其者カ既往ニ遡リテ恰モ不法行為ノ當時既ニ生レタルモノノ如ク賠償ヲ求ムル權利ヲ有シ隨テ第七百九條乃至第七百十一條ノ適用ヲ受ケルコトト爲ルモノト解セサルヘカラス是レ恰モ相續編ニ於テ相續ノ原則ヨリ言ヘハ相續開始ノ時ニ生存セルモノニ非サレハ相續權ナキモ胎兒ハ特ニ「既ニ生マレタルモノト看做ス」ト規定セラルヲ以テ相續開始ノ時既ニ胎兒アリシトキハ後日出生スレハ則チ法律ノ「フクシヨ」ニ依リ既往ニ遡リテ相續權ヲ有スルモノト爲シタルニ異ナラサルナリ

第四節 不法行為ノ賠償方法

不法行為者ハ如何ナル方法ニ依リテ賠償ヲ爲スヘキカト云ヘハ原則トシテ金錢ヲ以テ賠償スルモノトスレバモコトヲ得サルニ出ツルモノナリ野蠻時代ニ於テハ或ハ眼ヲ抉リタル者ニ對シテハ則チ其眼ヲ抉リ耳ヲ削キタル者ニ對シテハ則チ其耳ヲ削ク等ノ事アリシト雖モ今日ニ於テ斯ル方法ヲ取ルコト能ハス尤モ金錢ヲ以テスル賠償方法ハ不完全ナル方法ナリト雖モ之ヲ以テ賠償トスルニ足ルヘク彼ノ自己ノ耳ヲ斬ラレタルカ爲メニ加害者ノ耳ヲ斬ルカ如キハ却テ賠償ト爲ルモノニ非ス寧ロ金錢ヲ得レバ之ニ依リテ其不愉快ノ幾分ヲ補フコトヲ得況ヤ財産上ノ損害ニ至リテハ金錢ヲ以テ殆ト完全ナル賠償ヲ爲スコトヲ得ルヲ蓋シ動産又ハ不動産ヲ毀壞シタル場合ニ於テモ金錢サヘ費セハ其動産、不動産ト同一ノモノヲ得ルコト多シ唯此場合ニ侵害セラレタル動産、不動産ノ價額ヲ見積ルコト困難ナルモ復タ已ムコトヲ得サルナリ第七百二十二條第一項ニ曰ク

第四百十七條ノ規定ハ不法行為ニ因ル損害ノ賠償ニ之ヲ準用ス、
第四百十七條ハ債務不履行ノ場合ニ於ケル損害賠償ノ規定ナリ隨テ此第四百十七條ニ於テハ「別段ノ意思表示ナキトキハ」ト爲セルモ不法行為ニ付テハ當事者間ニ豫メ契約ヲ爲スカ如キコトハ事實上アリ得サル所ナルカ故ニ斯ル文字ノ適用ナキナリ是レ準用ノ準用タル所以ナリ（強ヒテ場合ヲ求ムレハ不法行為ノ後雙方協議ノ上金錢以外ノ物ヲ以テ賠償ニ充ツルコトト爲スコトヲ得ヘシト雖モ是レ寧ロ更改ノ場合ナリト謂フヘシ）

以上ノ原則ニ對シテハ一ノ例外アリ名譽ヲ毀損シタル場合はナリ即チ此名譽毀損ノ場合ニ於テハ金錢上ノ損害賠償ノ外ニ裁判所カ適當ナル處分ヲ命スルコトヲ得ルモノトセリ「適當ナル處分」トハ例ヘハ新聞紙ニ廣告セシムルカ如キ或ハ外國ニ行ハレタルコトアル彼ノ法廷ニ於テ謝罪スルコトヲ命スルカ如キ總テ裁判所カ適當ト認ムル方法ヲ謂フナリ然ラハ何故ニ名譽毀損ノ場合ニ於テ此ノ如キ例外ヲ設ケタルカト云フニ名譽ナルモノハ容易ニ金錢等ニ代フルコト能ハサルモノナルト同時ニ他ノ方法ニ依ルトキハ幾分カ賠償ヲ得即チ名譽ヲ回復スルコトヲ得ルモノナリ例ヘハ誹毀ニ依リテ名譽ヲ毀損セラレタル場合ニ誹毀ノ材料タル事實カ虛構ナリシコトヲ一般ニ明白ニシタルキ例ヘハ公衆セル法廷ニ於テ加害者カ被害者ニ向ヒ謝罪ヲ爲シ又ハ新聞紙ニ自己カ主張シタル事實ノ虛構ナル旨ヲ廣告セハ之ニ依リテ幾分カ名譽ヲ回復スルコトヲ得ヘキナリ唯裁判所カ斯ル方法ヲ命シタルニ拘ハラヌ加害者カ之ヲ實行セザルトキハ如何スヘキカ新聞紙ニ廣告ヲ命シタル場合ニ付テハ廣告ヲ爲スコトモノノ行為ナルカ故ニ加害者カ之ヲ爲シ背セザルトキハ復タ奈何トモスルコト態ハサルカ如キモ法律ハ加害者ノ費用ヲ以テ被害者ヨリ新聞紙ニ廣告文ヲ依頼スルコトヲ許セルカ故ニ別ニ困難ナルコトナシ唯若シ新聞紙カ其依頼ニ應セザルトキハ如何東京ノ如キ新聞紙ノ多キ地ニ於テハ新聞紙舉リテ之ヲ拒絕スルカ如キハ極メテ稀有ノ事ニ屬スヘシト雖モ地方ニ依リテハ一種ノ新聞紙ヲ發行スルニ止マルコトアリスル地方ニ於テ若シ其新聞紙カ謝罪ノ廣告ヲ爲スコトヲ拒絕シタルトキハ如何或ハ新聞廣告ハ新聞紙カ承諾ヲ爲スニ非ナレハ縱令之ヲ命スルモ不能ナルヲ以テ其命令ハ無効ナリト曰フ者ナキニ非サルヘシト雖モ是レ大ナル誤ナリ蓋シ判決ノ實行スヘカラサルコトハ敢テ稀ナリトセス例ヘハ判決ニ由リテ或物ノ引渡ヲ命シタルニ未タ之ヲ引渡ササルニ當リ其物カ滅失シタル場合ノ如シ之ト同シク新聞紙ハ營業ニ關シ自由ヲ有シ且右ノ裁判ニ付テハ第三者ナルカ故ニ之ヲ驅束スルコトヲ得ス隨テ若シ其新聞紙ニシテ廣告ノ依頼ニ應セザルトキハ之ヲ強フルノ途ナシ但新聞紙ハ營業ヲ爲スモノナルカ故ニ廣告料タニ拂ヘハ通常其依頼ニ應スヘキモノナルカ故ニ裁判所ハ此通常ノ有様ヲ見テ新聞紙ニ廣告ヲ爲スヘ

キコトヲ命スルモ決シテ不法ニ非サルナリ尤モ立法論トシテハ裁判所ノ判決ニ因リテ掲載ヲ命シタル廣告ハ新聞社ニ於テ其掲載ヲ拒ムコトヲ得ストノ規定ヲ設クルノ可否ハ一ノ問題タルヘシ然レトモ此ノ如キ明文アルニ非サル以上ハ新聞社ニ於テハ之ヲ拒絕スルコトヲ得ルモ廣告ハ事實上比較的ニ行ハレ易キ方法ナリ之ニ反シテ加害者カ法廷ニ於テ謝罪スヘキ裁判ニ従ハサルトキハ復タ如何トモスルコト能ハサルニ至ルヘシ民事訴訟法第七百三十六條ノ規定ハ或ハ之ヲ此場合ニ適用スルコトヲ得ヘク即チ此場合ニハ判決ノ確定ヲ以テ意思ノ陳述ヲ爲シタルモノト看做スルコトヲ得ヘシト雖モ此ノ如キハ殆ド其效能ナキモノニシテ單ニ被告ハ原告ノ名譽ヲ毀損シタルモノナリト云フト毫モ異ナラサルナリ故ニ此場合ニ於テモ立法論トシテハ或ハ其裁判ニ服セサル者ニ對シテ罰金ヲ科シ其徵收シタル罰金ハ之ヲ加害者ニ與フヘシト云フ如キ規定ヲ設クルモノ可ナラント雖モ現行法ニハ此ノ如キ制裁ナシ右ノ金錢以外ノ賠償方法ハ全ク其レノミヲ命スルコトヲ得ヘク或ハ金錢ノ賠償ト併セテ之ヲ命スルコトヲ得ヘシ通常ノ場合ニ於テハ名譽ヲ毀損スヘキ行為アルヤ否ヤ被害者直チニ名譽回復ノ訴ヲ起シ其結果勝訴ト爲リ新聞紙ニ謝罪文ヲ廣告セシメ之ニ依リテ名譽ヲ回復シ得ルコト多カルヘク此ノ如キ場合ニ於テハ別ニ金錢上ノ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ス之ニ反シテ商人カ名譽ヲ毀損セラレタル爲メ營業上大ナル影響ヲ受ケ昨日マテ日ニ千圓ツツノ取引ヲ爲シ來レルニ名譽ヲ害セラレタリヨリ其額五百圓ニ減シタリトセハ他日謝罪文ノ廣告ニ因リ前ノ取引額ニ達スルコトヲ得タリトスルモ其間失ヒタル損害ハ加害者ヲシテ之ヲ償ハシメサルヘカラス隨テ斯ル場合ニ於テハ被害者ハ謝罪文ノ廣告ヲ命セラレシコトヲ請求スルと同時に金錢上ノ賠償ヲモ請求スルコトヲ得ヘキナリ第七百二十三條ニ曰ク「他人ノ名譽ヲ毀損シタル者ニ對シテハ裁判所ハ被害者ノ請求ニ因リ損害賠償ニ代ヘ又ハ損害賠償ト

共ニ名譽ヲ回復スルニ適當ナル處分ヲ命スルコトヲ得

右ノ例外ノ場合ヲ除キテハ總テ金錢ヲ以テ賠償ヲ爲サシムルモノナルコト前ニ既ニ述ヘタルカ如シ而シテ金錢ヲ以テ賠償ヲ爲サシムル場合ニ於テ其賠償額如何ト云フニ理論上不法行為ニ因リテ生シタル損害ハ總テ之ヲ賠償セシメサルヘカラス即チ千圓ノ損害ニ對シテハ千圓ヲ賠償セシムヘク五百圓ノ損害ニ對シテ五百圓ヲ賠償セシムヘキナリ唯之ヲ評價スルニ當リテハ往困難ヲ感スルコトアリ即チ名譽生命ヲ害シタル場合ノ如キ是ナリ然リト雖モ一旦評價シテ定メタル以上ハ加害者ハ其評價額ノ全部ヲ賠償セサルヘカラス唯之ニ付テハ不法行為ト損害トノ間ニ因果ノ關係ナカルヘカラス例ヘハ甲カ乙ヲ毆打シタルニ因リ乙カ死亡シタルリトセハ其父母、配偶者、子等ハ乙カ死シタルニ因リ生シタル損害ノ全部ヲ賠償セシムルコトヲ得ヘシ唯乙カ毆打ノ爲メニ死シタルコトヲ證明スヘキノミ之ニ反シテ右ノ毆打ハ乙ニ負傷セシメルコト能ハスシテ乙ノ死亡シタルハ他ノ原因ニ由ルモノナルトキハ死亡ニ因ル損害ヲ賠償セシムルコト能ハスシテ單ニ負傷シタルタケノ損害ニ付キ賠償セシムルコトヲ得ルノミ又例ヘハ甲カ乙ヲ殺シタル當時其妻丙カ病中ナリシニ其夫ノ横死ヲ聞キ悲痛ノ極遂ニ死亡シタリトセヨ此場合ニ於テハ甲カ乙ヲ殺シタルニ因リテ生シタル損害ハ之ヲ償ハサルコトヲ得サルモ丙ノ死亡シタルハ甲ノ不法行為ノ直接ノ結果ニ非シテ間接ノ結果ニ過キス即チ丙ハ小膽ナル上ニ病氣ニ罹レル等ニ因リテ其結果ヲ惹起スニ至レルモノナリ此區別ヲ爲スコトハ實際頗ル困難ナル所ナリ學者ニ因リテハ直接ノ損害及ヒ間接ノ損害ニ區別シテ論スレトモ此區別ハ前例ノ如キ場合ニハ之ヲ適用スルコトヲ得ルモノニ依リテ總テノ場合ヲ説明スルコト能ハス蓋シ名譽毀損ノ場合ニ於テハ其直接ノ損害ハ之カ爲メニ本人カ不愉快ヲ感スルニ在ルモ尙ホ之カ爲メ被害者ノ營業力俄ニ振ヘサルニ至リタリト云フカ

如キハ間接ノ結果ナリト雖モ加害者ハ之ヲ賠償セサルコトヲ得ス是レ其名譽毀損ナル事實ト賣高ノ減少ナル事實トノ間ニ何等ノ事故ノ介入スルコトナクシテ其結果ヲ生シタルモノナルカ故ニ純理ヨリ言ハハ間接ナリト雖モ原因結果ノ關係アリト謂ハサルヘカラス此類ノ場合妙カラサルカ故ニ實際問題トシテ往往困難ヲ感スル所ナリト雖モ一タヒ損害額ヲ確定シタル以上ハ加害者ヲシテ其損害ノ全部ヲ賠償セシムヘキコト前ニ述ヘタルカ如シ

此ノ如ク加害者ハ不法行為ヨリ生シタル損害ノ全部ヲ賠償セサルヘカラスハ原則トスルト雖モ是ハ一ノ例外アリ他ナシ被害者ニモ過失アリタル場合はナリ例ヘハ被害者カ加害者ヲ罵詈雑言ニ因リ加害者カ怒ニ乘シテ殺害スルニ至リタル場合ノ如シ此場合ニ於テモ加害者ハ固ヨリ罵詈雑言者ヲ殺スノ權利ヲ有スルモノニ非サルカ故ニ其不法行為タルコト疑ヲ容レス唯被害者ニモ過失アルノミ又車夫カ車ヲ挽行ク際過テ他人ノ足ヲ引キ負傷セシメタリトセハ其車夫若クハ雇主ハ其損害ヲ賠償セサルヘカラスト雖モ若シ其車夫カ被害者ノ後ヨリ高聲ヲ舉ケテ頻ニ警告シタルニ被害者カ之ヲ聞キツツ敢テ避ケントモスルコトナク寧ロ通行ヲ妨害セントスルモノノ如ク狹隘ナル道路ノ中央ヲ闊歩シツツアリシニ因リ遂ニ負傷スルニ至リタリトセハ被害者ニモ亦過失アルモノナレハ被害者モ其責任ヲ分擔セサルヘカラスナルモノトセリ第七百二十二條第二項ニ曰ク

被害者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌スルコトヲ得

予ハ此規定ヲ以テ立法論トシテハ穩當ナラスト信ス皮相ノ見解ヲ以テスレハ被害者ニモ過失アルカ故ニ損害ノ一部ヲ負擔スヘキモノトスルハ洵ニ正當ナルカ如シト雖モ此規定ニ依レハ結局過失ノ大小ニ依リ賠償額ニ差等ヲ設クルコトニ歸スルカ故ニ舊式ノ法典ニ於ケル如ク故意ト過失トヲ區別シ以テ

其責任ヲ異ニスルモノト規定セサレハ其權衡ヲ得ルモノト爲スヘカラス此ノ如キ主義ヲ執ランニハ爰ニ始メテ被害者ニ過失アル場合ニ於テ其レタケ加害者ノ責任ヲ輕減スルヲ妥當トスヘシ然レニ我民法ハ此ノ如キ主義ヲ採ラスシテ如何ニ惡意ヲ以テ不法行為ヲ爲シタル場合ニ於テモ又如何ナル輕過失ノ場合ニ於テモ原則トシテハ其責任同一ニシテ生シタル損害ハ總テ之ヲ賠償セサルヘカラストセリ即チ惡意ノ場合ニ於テモ損害ノ極メテ微小ナルコトアリ損害ニシテ微小ナランカ如何ニ加害者ニ惡意アリトスルモ其微小ナル損害ヲ賠償スレハ則チ足レリ又如何ニ輕過失ナルニモセヨ其結果タル損害ニシテ多大ナラハ即チ其大ナル損害ヲ賠償セサルコトヲ得ス何トナレハ民法ノ不法行為ニ關スル規定ハ刑法等ト異ナリテ敢テ惡事ヲ爲シタル者ヲ懲スト云フ如キモノニ非スシテ單ニ或者ノ不法行為即チ法律ノ許ササル行為ニ因リテ他人カ損害ヲ受ケタルトキハ加害者ヲシテ其損害ヲ賠償セシムルニ非サレハ不公平ナレハナリ民法ハ唯此公平ト云フ一點ヨリ觀テ苟モ過失アルニ於テハ其過失者ヲシテ損害ノ全部ヲ負擔セシメサルヘカラスナルモノトセリ而シテ被害者ニモ過失アル場合ニ損害カ被害者ト加害者トノ兩人ノ行為ニ因リテ生シタルモノナリト謂フコトヲ得ルニ於テハ其損害ノ全部カ加害者ノ行為ニ因リテ生シタルモノト謂フコトヲ得ス尤モ幾何ノ損害カ被害者ノ行為ヨリ生シ幾何ノ損害カ加害者ノ行為ヨリ生シタルカハ實際證明シ難カルヘシト雖モ苟モ其證明タニ爲シ得ルニ於テハ加害者ハ自己ノ行為ニ因リ生シタル損害ノミヲ負擔スルハ相當トス然レモ是レ被害者ノ過失ノ有無ニ關セサルモノナリ被害者カ正當ノ行為ヲ爲シ居ル際他人ノ過失アリテ損害ヲ生シタル場合ニ於テモ仍ホ其正當ノ行為ヨリ自己ニ損害ヲ生スルコトアリ而シテ此正當ノ行為ヨリ生シタル損害ト過失ヨリ生シタル損害ト相半スルコトモアリ得ヘシ故ニ被害者ノ行為カ過失ナル場合ニ於テ同様ノ事アルヘキハ固ヨリナリ隨テ損

害ノ證明タニ爲シ得ルニ於テハ加害者一人ニテ損害ノ全部ヲ賠償スル義務ナシ何トナレハ其損害ノ全部ヲ加害者一人カ生セシメタルモノニ非サレハナリ第七百二十二條第二項ノ場合ハ文字上ヨリ言ヘハ斯ル場合ヲモ包含スヘシト雖モ元來斯ル場合ヲ見テ規定セラレタルモノニ非シテ前ニ述ベタル如ク損害ノ全部カ加害者ノ不法行為ヨリ生シタルニ相違ナキモ同時ニ被害者ニモ過失アルヲ以テ加害者ノ責任ヲ減スルコトヲ得ルモノトシタルナリ是レ予ノ不當ナリト云フ所以ナリ前ニ引用シタル二例ノ場合ニ於テ罵詈雑言ヲ爲シタルニ因リテ負傷シタルニ非スシテ罵詈雑言カ故ニ毆打シ毆打ノ結果負傷シタルナリ又道路ヲ濫歩セル際車夫カ高聲ニ警告シタルモ仍ホ之ヲ避ケサリシハ其者ニ過失アルニ相違ナキモ之ヲ避ケサリシ一事ノミニ因リテハ何等ノ負傷ヲ爲スコトアルヘカラス然ルニ其者カ負傷スルニ至リタルハ車夫カ車ニテ足ヲ引キタレハナリ故ニ其損害ハ足ヲ引キタル者即チ車夫ノ行為ニ因ルモノナリ是ヲ以テ觀レハ被害者ノ過失ノ有無ハ之ヲ同フノ必要ナキナリ是レ蓋シ債務不履行ノ規定ト不法行為ノ規定トヲ一ニセントスルヨリ起ル誤ナリト信ス廣義ニ於テハ債務ノ不履行ノ場合ニ於テハ不法行為ナリト雖モ民法ニ所謂「不法行為」トハ頗ル其趣ヲ異ニセリ即チ通常ノ不法行為ノ場合ニ於テハ不法行為ニ因リテ始メテ當事者ニ法律關係ヲ生スルモノニシテ其以前ニ在リテハ全ク無關係ノ人ナリ少クモ債權債務ノ關係ナカリシモノナリ之ニ反シテ債務不履行ノ場合ニ於テハ既ニ履行スヘキ義務ヲ負フ者即チ債務者アリテ相手方即チ債權者ノ對シテ法律關係存スルナリ故ニ不履行ニ因リテ生スル義務ノミニ非スシテ其以前既ニ負フ所ノ義務アルナリ加之所謂「不履行」ナル事實ハ必スシモ債務者ノ過失ノミニ基クモノニ非スシテ寧ろ憫ムヘキ場合夥シトセス極端ノ例ヲ舉クレハ予カ明日或人ニ金千圓ヲ支拂フヘキ義務ヲ負フカ故ニ現金千圓ヲ用意シテ簞笥ノ抽斗ニ入置キタルニ其後盜賊忍入りテ其金ヲ奪

去リタル爲メ翌日竟ニ履行スルコト能ハサルニ至リタリトセヨ予ノ如キ貧乏人カ一日中ニ更ニ千圓ノ金ヲ揃ヘテ履行スルコト能ハサルモ固ヨリ過失アリト謂フコトヲ得ス然ルニ履行スヘクシテ履行セサルカ故ニ予ハ等シク不履行者ニシテ隨テ損害賠償ノ請求ニ應セサルコトヲ得ス又例ヘハ債務者カ債權者ノ爲メニ盡ク拙ク義務ヲ負ヘルニ債權者カ或原因ノ爲メニ一時怒ヲ發シテ債務者ヲ毆打シ其右手ヲ傷ケタル爲メ暫ク休業スルニ至リ隨テ履行遲延スルニ至リタルトキハ債務者ノ不履行タルヲ免レスト雖モ「全ク拙クコト能ハサルニ至リタルトキハ是レ不履行ニ非スシテ履行不能ナリ」債務者ハ其不履行ニ因ル損害賠償ノ責任ニ任セサルノミナラス却テ債權者ニ對シテ損害賠償ヲ請求スルコトヲ得ヘシ此類ノ事ハ債務不履行ノ場合ニハ往見ル所ナリ是ヲ以テ第四百十八條ニ於テ「債務者ノ不履行ニ關シ債權者ニ過失アリタルトキハ裁判所ハ損害賠償ノ責任及ヒ其金額ヲ定ムルニ付キ之ヲ斟酌ス」ト規定シタルハ洵ニ理由アリト雖モ不法行為ニ因ル損害賠償ノ規定ハ之ト同一筆法ニ出ツルコト能ハス我民法ニ依ルモ兩條ノ規定全ク同一ナルニ非ス即チ第一ニ第四百十八條ノ規定ニ依レハ損害賠償ノ責任ニ付テモ之ヲ斟酌スヘキモノトセラルカ故ニ前ノ第二例ノ場合ノ如キハ全ク不履行者ハ損害賠償ノ責任ヲ負ハサルコトト爲ルヘシト雖モ不法行為ニ付テハ斯ル場合ヲ生スルコトナク苟モ不法行為ト云フ以上ハ必ス加害者ニ故意又ハ過失アルモノナ付カ故ニ無責任ナルコトナキナリ是ヲ以テ第七百二十二條第二項ニハ單ニ「損害賠償ノ額ヲ定ムルニ付キ」トアリテ額ノミニ付テ規定セリ第二ニ第四百十八條ニハ「裁判所ハ……之ヲ斟酌ス」トアリテ必ス之ヲ斟酌セサルヘカラス是レ當然ノ事ニシテ債權者ノ過失アレハ其不履行ノ原因ノ少クトモ一部ハ必ス債務者カ之ヲ成シタルモノナリ例ヘハ債權者カ俄ニ轉居シテ之ヲ債務者ニ通知セサルカ爲メ債務者ハ債權者ノ行先ヲ知ラス而モ之ヲ知ラント欲セハ直チニ之ヲ

知ルコトヲ得タルニ拘ハラス徒ニ放置セリトセハ或ハ債務者ニモ過失アリト謂フコトヲ得ヘシ面シテ此場合モ債務者ノ不履行タルニハ相違ナシト雖モ債權者ニモ轉居ヲ通知セサル過失アルモノナレハ裁判所ハ必ス之ヲ斟酌セサルヘカラス然ルニ不法行為ノ場合ニハ「之ヲ斟酌スルコトヲ得」トアリ是レ恐クハ立法者モ被害者ノ過失ヲ斟酌スルノ不當ナルコトアルヘキヲ覺リテ此ノ如ク規定シタルモノナラン但解釋論トシテハ毫モ疑フヘキ餘地ヲ存セス

第五節 不法行為ノ時効

不法行為ニ因ル債權ノ時効ニ付キ若シ明文ナキトキハ如何ト考フルニ不法行為ニ因ル損害賠償ヲ請求スル權利ハ一ノ債權ナルカ故ニ第六十七條第一項ノ規定ニ依リテ十年ノ時効ニ罹ルヘキモノナリ然ルニ不法行為ノ問題ハ歲月ヲ經ルニ隨ヒテ不明ニ歸スルモノナリ金ヲ借りタル場合ノ如キハ通常證書ヲ入ルルモノナルカ故ニ債權者カ其證書ヲ握リ居レハ多クノ場合ニ於テハ其權利ヲ明カニスルコトヲ得ヘキモ不法行為ノ場合ニ於テハ先ツ證書ヲ入レテ面シテ後ニ人ノ頭ヲ毆打スル如キコトナキヲ以テ事實ノ證據ハ歲月ト共ニ滅失スルニ至ル例ヘハ傷ヲ受ケタル者ノ創痕全ク癒ユレハ事實不明ト爲ルヘク縱令證人アリト雖モ其中ニハ死亡スル者アルヘク居所不明ナル者モ生スヘシ加之證人モ長年月ノ後ニハ記憶自ラ消失シ隨テ法廷ニ出テテモ正確ニ記憶セサル旨ヲ陳述スヘク到底證人タルノ用ヲ爲サルヘシ是ヲ以テ不法行為ノ責任ノ時効ハ通常ノ債權ノ時効ヨリモ短期ト爲ササルヘカラス即チ反面ニ於テハ若シ損害賠償ヲ請求セント欲セハ成ルヘク速ニ請求スベシトノ精神ヲ以テ我民法ハ之ヲ三年トセリ但其三年ヲ不法行為ノ時ヨリ計算スルモノトスルトキハ被害者ニ取リテ甚タ酷ナルヘシ何トナ

レハ被害者ハ往往ニシテ加害者ヲ知ラサルコトアリ又財産上ノ損害ノ如キハ其損害其レ自身スラ被害者自ラ之ヲ知ラサルコトアリ例ヘハ離隔セル倉庫中ニ藏セル物品ヲ毀壞セラレタル場合又ハ旅行ノ留守中ニ財産上ノ損害ヲ受ケタル場合ノ如シ故ニ若シ損害要債權ニシテ行為ノ時ヨリ三年ニテ時効ニ罹ルモノトセハ往往訴求スルコト能ハサルニ至ルヘケレハナリ是ヲ以テ法律ハ不法行為ノ否寧ロ其結果タル損害及ヒ其加害者ヲ知リタル時ヨリ起算スヘキモノトセリ第七百二十四條ニ曰ク

不法行為ニ因ル損害賠償ノ請求權ハ被害者又ハ其法定代理人カ損害及ヒ加害者ヲ知リタル時ヨリ三年間之ヲ行ハサルトキハ時効ニ因リテ消滅ス

此規定ハ元來時効ノ短カカラント欲シテ規定シタルモノナルニ若シ右ノ規定ノミナルトキハ却テ長キニ失スルノ虞アリ即チ損害事實力數十年ノ後ニ始メテ發見セラルルコトナシトセサルヲ以テ其時ヨリ更ニ三年ニシテ時効ニ罹ルモノトセハ却テ普通ノ時効ヨリモ長キニ至ルヘシ是ヲ以テ同條ノ後段ニ附加シテ曰ク

不法行為ノ時ヨリ二十年ヲ經過シタルトキ亦同シ

此二十年云云ニ付テハ聊カ説明セサルヘカラサルモノアリ蓋シ債權ノ時効ノ原則ハ十年ナルヲ以テ不法行為ノ場合ニ於テモ亦十年ト爲シテ可ナルカ如シ然ルニ特ニ二十年ト爲シタルハ法律ノ缺點ナラント信ス此不權衡ヲ生シタル原因ハ蓋シ政府案ニハ時効ハ總テ二十年ヲ以テ本則トシ債權ノ時効モ二十年トセリ然ルニ衆議院ニ於テ債權ノ一般ノ時効ヲ十年ト改メタルニ第七百二十四條ノミハ原案ノ如ク爲レルヲ以テ不權衡ヲ生スルニ至レルナリ

尙ホ此規定ニ對スル一ノ例外アリ其例外ハ刑事訴訟法ノ規定ヨリ生スルモノナリ刑事訴訟法第九條以

下ニ私訴ノ時効ニ關スル規定アリ其規定ニ依レハ公訴カ時効ニ罹リタルトキハ私訴モ亦時効ニ罹ルモノトシ唯刑事ノ判決アリタル後新ニ民事ノ訴ヲ起ス場合ニハ民法ノ規定ニ依ルモノトセリ其結果トシテ刑法上ノ罪ニ付テハ損害要債權ハ重罪ニ在リテハ十年、輕罪ニ在リテハ三年、違警罪ニ在リテハ六個月ニテ時効ニ罹ルモノトス（刑事訴訟法第八條）故ニ民法ニ於テ定メタル損害及ヒ加害者ヲ知リタル時ヨリ三年ノ時効ヨリ短キコトアリ即チ違警罪ハ常ニ短キ輕罪モ亦短キコト多シ此規定ノ設ケラレタル理由ハ蓋シ刑法上罪ト爲ル事項ニシテ尙ホ刑法上罰スヘカラサルニ至リタル後仍ホ民事訴訟トシテ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得セシメハ刑法上殺人、毆打創傷等トシテ罰スルコト能ハサルニ拘ハラス裁判所ハ仍ホ被告ハ人ヲ殺シ、人ヲ創傷シタル者ナルコトヲ認メサルヘカラサルニ至ルカ故ニ私訴ノ時効ヲ公訴ノ時効ト同一ニシタルナリ尤モ立法論トシテハ頗ル批難アル點ナルカ故ニ刑事訴訟法ヲ改正スル時ニハ或ハ此點改正セラルヤモ知ルヘカラス（改正草案ニハ右ノ規定ナキカ如シ）現行法ノ解釋トシテハ多少反對説ナキヲ保セスト雖モ予ハ殆ト疑ヲ容レサル所ナリト信ス又公訴ノミ先ニ提起セラレ其結果刑ノ言渡アリタル場合ニ於テハ民法ニ依リテ損害賠償ヲ求ムルコトヲ得ル權利ハ右ノ第七百二十四條ノ規定ニ從ヒテ損害及ヒ加害者ヲ知リタル時ヨリ三年、行爲ノ時ヨリ二十年ノ時効ニ罹ルモノトス是レ蓋シ刑法上既ニ罪惡タルコト明カナルカ故ニ私法上時効期間ノ長短ノ如キハ更ニ關係ナキコトナルヲ以テ總テ民法ノ規定ニ從フヘキモノトセリ

此時効ニ付テハ法文ニ「時効」トアルカ故ニ時効ニ關スル一般ノ規定ハ右ノ場合ニ當然適用セラルルモノナリ

以上ヲ以テ不法行為ニ關スル時効ノ説明ヲ了リ同時ニ本學年ニ於ケル予ノ擔任部分ノ講義ヲ了レリ

民法債權編 (第三卷)
第三編

法學博士 梅 謙次郎 講述

民法債權編 (自第三章至第五章)

完

法政大學發行

民法債權編(自第三章至第五章)目次

第三章	事務管理	一
第一節	管理者ノ義務	七
第二節	本人ノ義務	一四
第四章	不當利得	一八
第九章	不法行爲	三七
第一節	不法行爲ノ場合	四二
第二節	不法行爲ノ責任者	五一
第三節	不法行爲ノ求償權者	七七
第四節	不法行爲ノ賠償方法	八一
第五節	不法行爲ノ時效	九〇

民法債權編(自第三章至第五章)目次 終

第一章 民法の概観	一
第二章 民法の歴史	二
第三章 民法の体系	三
第四章 民法の原則	四
第五章 民法の適用	五
第六章 民法の效力	六
第七章 民法の責任	七
第八章 民法の改正	八
第九章 民法の将来	九
第十章 民法の附則	十

等詳細ハ一此ニ説明セス

契約説ニ於ケル難點ハ株式ノ申込ヲ以テ普通ノ申込トシ株式ノ割當ヲ以テ申込ニ對スル承諾ナリトセ
ハ民法第五二八條ニ承諾者カ申込ニ條件ヲ附シ其他變更ヲ加ヘテ之ヲ承諾シタルトキハ其申込ノ拒絶
ト共ニ新ナル申込ヲナシタルモノト看做スト規定セル主意ト相容レサルノ結果トナル故ニ契約説ヲ主
張スル論者モ是ニ至レハ此契約ハ即チ一種特別ノ契約ニシテ商法ノ力ニ依リ條件附又ハ變更承諾ヲ認
メタルモノナリト説明スルカ如シト雖モ斯ク論スルハ已ニ民法ノ契約ニアラサルコトヲ自認スルモノ
ニシテ單ニ名稱カ契約ナリト云フ迄ニシテ民法ノ契約ヲ離レ別ニ特別ノ法理ノ範域ニ進入スルモノト
云ハサルヘカラス已ニ商法ニ於テ特別ナル承諾ノ效力ヲ認メタリト云フ以上ハ必スシモ契約ナル名稱
ニ拘泥セス其特別ナル點ニ於テ予等ノ前記一方行為説ヲ採ルノ勝レルヲ信ス
株式申込ハ引受ニ依リテ拂込ヲナス義務ヲ負擔スト雖モ株式總數ノ引受ケアリタル後一年內ニ第一二
九條ニ規定セル拂込(四分ノ一拂込)カ終ラサルトキ又ハ其拂込カ終リタル後六ヶ月內ニ發起人カ創立
總會ヲ招集セサルトキハ株式引受ハ申込ヲ取消シ拂込タル金額ノ返還ヲ請求スルコトヲ得(四〇條)
蓋シ本條ニ示ス場合ノ如キハ會社ノ成立頗ル疑ハシキトキナレハ長期ニ涉リテ引受人ヲ拘束スルハ不
當ナレハナリ(又株式申込ハ其拒絕ニ依リテ效力ヲ失フハ別ニ辨明ヲ要セス)

矢部 講師會社法全部講了ニ至ラサリシニ由リ已ムサ得ス株式會社
編ハ松本 講師ノ講義ヲ以テ之ニ代ニ讀者焉ナ諒セ

編輯局誌

商法會社 株式會社 株式會社ノ設立 募集設立

商法會社終

法學士矢部 廉講述

商法會社

完

法政大學發行

商法會社目次

第一編 總論	一
第一章 會社ノ意義	一
第二章 會社ノ種類	八
第三章 各種ノ會社ニ關スル通則	一五
第一節 會社ノ住所	一六
第二節 會社設立ノ登記	一六
第三節 不法會社ノ解散	二一
第二編 合名會社	二二
第一章 合名會社ノ性質	二二
第二章 合名會社ノ設立	二五
第一節 定款ノ作成	二五
第二節 設定及ヒ其他ノ登記	二九
第三章 會社ノ内部ノ關係	三一
第一節 出資	三二

第二節 會社ノ業務執行	四〇
第三節 持分ノ讓渡	四七
第四節 社員ノ就業禁止	五〇
第五節 損益ノ分配	五四
第四章 會社ノ外部ノ關係	五六
第一節 會社ノ代表	五六
第二節 社員及ヒ社員ト看做スヘキ者ノ責任	六一
第三節 資本ニ關スル會社債權者ノ保護	六五
第五章 社員ノ入社及ヒ退社	六九
第一節 社員ノ入社	六九
第二節 社員ノ退社	七〇
第一項 退社ノ原因	七一
第二項 退社ノ效果	七四
第六章 合名會社ノ解散	七七
第一節 解散ノ事由	七八
第二節 解散ノ效果	八二
第七章 會社ノ合併	八三
第八章 會社ノ清算	八七
第三編 合資會社	九六
第一章 合資會社ノ意義	九六
第一節 設立	九八
第二節 會社ノ内部ノ關係	九九
第三節 會社ノ外部ノ關係	一〇三
第四節 社員ノ入社及ヒ退社	一〇三
第五節 解散	一〇四
第六節 清算	一〇五
第二章 舊商法ノ合資會社	一〇五
第四編 株式會社	一〇六
第一章 株式會社ノ設立	一〇八
第一節 登起人及ヒ會社ノ定款	一〇九
第二節 登起人ノ總株引受(單純設立)	一一五
第三節 募集設立	一一七

商法會社目次 終

商法會社 (第四章 下)

法學士 松 本 喬 治 講述

第一編 株式會社

株式會社ハ獨逸語ノ「アクチュンゲセルシャフト」佛蘭西語ノ「ソシエテ、アノニーム」、英吉利語ノ「ジョイント、ストック、コムパニー、ウイス、リミテッドライアビリチー」ニ該當ス
株式會社ノ沿革ヲ稽フルニ其起源ハ他ノ會社ト同シク中世時代ニ在ルモノノ如シ或ハ希臘時代ニ於テ既ニ其萌芽ヲ見ルト曰フ者アルモ「レースレル」確實ノ證據ナシ但希臘ニ於テモ又羅馬ニ於テモ國家ノ歲入ヲ賃借シテ國家ニ代リテ租稅其他ノ收入ヲ納メ其對價トシテ國家ニ一定ノ金額ヲ支拂フノ團體アリシコトハ事實ニシテ此等ノ團體ハ多少株式會社ニ類似シタル組織ヲ有セシカ如キモ法律上株式會社ノ起源ナリト謂フコトヲ得スシテ其類似トハ經濟上ノ眼ヨリ觀タル類似タルニ過キサリシカ如シ此ノ如キ團體ハ羅馬ニ於テハ之ヲ「ソチエタス、プブリカノールム」ト云ヘリ

中世時代ニ至リテハ各種ノ團體ヲ生シタルモ同一營業者ノ團體(ギルド)ノ如キハ今日ノ同業組合ニ類似シタルモノニシテ株式會社ト關係ナシ又合名會社ト起源タル家族團體、合資會社ト起源タル「コンメンダー」ノ契約ノ如キモ亦直接ニハ株式會社ト關係ナシ佛蘭西ノ有名ナル「フレメリー」及ヒ獨逸ノ「ラバント」ノ如キハ「コンメンダー」ヨリ株式合資會社ニ類似シタルモノヲ生シ遂ニ純粹ノ株式會社ニ進化シタルモノナルヘシト想像セルモ事實ニ非ナルカ如シ又鐵山會社ト稱スル一種ノ會社アリシモ亦株式會社トハ直接ノ關係ナク特種ノ發達ヲ遂ケテ近世ニ及ヘリ又船舶共有者ノ團體ハ佛蘭西ノ學者ノ如キハ之ヲ以テ株式會社ノ起源ト爲ス者多シ殊ニ「アマルフ」法ニ於ケル「コンナ」ノ如キハ株式會社ニ頗ル類似セルモノナリシモ未タ以テ株式會社ノ起源ト爲スニ足ラサルカ如シ也株式會社ノ起源即チ少クモ法律上ニ於テ近世ノ株式會社ト類似セル組織ノ團體ノ嚆矢トシテハ學者皆伊太利ノ「ゲノア」市ニ於ケル聖「ジョルヂ」銀行ヲ舉クルカ如シ此銀行ハ前ニ述ヘタル羅馬時代ノ國家歳入ノ貸借者ノ團體ト類似セルモノニシテ「ゲノア」市歳入ノ大部分ヲ收納シ其對價トシテ市ニ必要ナル金額ヲ供給シ以テ市ノ財政ノ困難ヲ救フコトヲ目的トセリ此ノ如ク國家ニ必要ナル金額ヲ貸與スル團體ハ國家債權者ノ團體ト稱シ聖「ジョルヂ」銀行以前ヨリ存在シタルモノナルモ其株式會社ニ類似シタル組織ヲ有スルニ至リタルハ此銀行ヲ以テ其嚆矢ト爲ス此銀行ノ資本ハ之ヲ「モンズ」ト謂ヒ社員ノ持分ヲ「ロカ」ト稱セルカ此銀行カ始メテ完全ニ組織セラレタルハ千四百七十七年ニシテ常事ハ總「ロカ」四十七萬六千七百六十六株、各「ロカ」ハ百「リレ」ニシテ隨テ資本總額四千七百六十七萬六千七百六十六株アリシト云フ此銀行ニ倣ヒタナリ千八百五十五年佛國政府ニ依リ廢セラレタル時ニ於テハ七十三萬七千株アリシト云フ此銀行ニ倣ヒタルモノニ伊太利「ミラノ」市ノ聖「アンブロジーラ」銀行アリ千五百九十八年ニ至リ「ジョルヂ」銀行ニ類似

シタル組織ト爲リシモ少シク「ジョルヂ」銀行ト異ナリ寧ロ株式合資會社ノ起源トモ謂フヘキモノナリ此銀行ハ千七百八十六年ニ廢滅ニ歸セリ

以上述ヘタルカ如ク最初ノ株式會社トシテハ「ジョルヂ」銀行アルモ此銀行カ果シテ近時ニ於ケル株式會社ノ祖先ナリヤ否ヤニ付テハ最近ニ至リ之ニ疑ヲ挾ム者ヲ生セリ即チ「レーマン」ノ研究ニ依レハ近時ノ株式會社ハ寧ロ第十七世紀以後ニ於テ和蘭ニ起リ北歐各國ニ廣マリタル殖民の内外ノ商業ヲ目的トセル會社ヨリ生シタルモノニシテ其最初ノ和蘭東印度會社ハ海商ヲ目的トセル小會社ヲ合併シテ成リタルモノニシテ國家債權者ノ團體ヨリ生シタル「ジョルヂ」銀行トハ其成立ノ狀態ヲ異ニ直接ノ關係ヲ有セサルカ如シ而シテ和蘭東印度會社ノ成立ニ付テハ船舶共有者及ヒ「コンメンダー」契約ノ觀念ハ大ニ影響ヲ及ホセルモノノ如シ故ニ間接ノ關係ヨリ言ヘハ前ニ述ヘタル株式會社ノ起源ハ船舶共有者ニ在リト佛蘭西ノ學說ハ必スシモ根據ナキコトニ非ス

和蘭ニ於テハ東印度會社ニ次キ西印度會社生セリ其餘波丁抹、瑞典、佛及ヒ英國ニ及ヒ多クノ殖民の會社ヲ生シ第十七世紀末ニ至リテハ銀行及ヒ保險會社ニ付テモ株式會社ノ制度ヲ採ルニ至レリ此ノ如ク株式會社ノ制度ノ盛行ハルニ至リテハ無記名株式ヲ發行シ之ヲ額面以上ニ賣付ケ其差額ヲ利益ト爲スノ弊害ヲ生シ其結果千七百二十年ニ至リテハ詐欺の會社ノ濫設ノ爲メ英國及ヒ佛國ニ大恐慌ヲ來シ多クノ會社ノ倒産ヲ見タリ於是平佛國ニ於テハ千七百十六年五月二十三日法律ヲ以テ無記名株ノ發行ヲ禁ジ株式會社トシテ法人ト爲ルカ爲メニハ特許ヲ要スルモノトセリ英國ニテハ千七百二十年六月十一日有名ナル「バブルス」アクトヲ發シ特許ヲ得シテ設立シタル會社ニ於テハ社員カ會社ノ債務ニ付キ連帶無限ノ責任ヲ負フヘキモノトシ法人ト爲ルカ爲メニハ必ス特許ヲ要スルモノトセリ此ノ如ク

ニシテ株式會社ハ國家ノ特許ニ因リテ成立シ其特許ノ條件ヲ成セル法規ニ依リテ行動シ各種ノ點ニ於テ國家ノ監督ヲ被ルヘキモノト爲レリ之ヲ稱シテ特許主義時代ト謂フ此特許主義ハ近世ニ至リテハ株式會社ニ對スル一般ノ制度トシテ之ヲ採ル國ナキモ仍ホ特種ノ會社ニ付キ特別法ニ依リテ其設立ヲ認ムルコト英、獨其他ノ諸國ニ行ハレ我國ニ於テモ日本銀行以下ノ各種特別ノ銀行ハ特別法ニ依リテ特典ヲ付與セラル是レ既ニ述ヘタル所ナリ

株式會社ハ中世時代ニ於テハ前ニ述ヘタルカ如ク之ニ對スル一般法規ヲ有セス一特許ニ因リテ設立セラレ其特別ノ法規ニ依リテ人格ヲ得タリシモノニシテ有名ナル路易十四世ノ商業條例モ亦之ニ對スル一般法ヲ認メザリシモ佛蘭西商法ノ成ルニ及ヒ始メテ之ニ對スル一般法ヲ見ルニ至レリ而シテ其規定ハ株主ノ有限責任ノ原則ヲ確立シタルモノニシテ同時ニ株式會社ノ設立ハ免許ヲ要スルモノトモスシテ營業警察上ノ必要ニ因リ行政處分ヲ以テ其會社ノ設立ヲ確認スルニ過キス故ニ其免許ハ前ニ述ヘタル特許ノ如ク會社ヲ創設スルモノニ非ス此ノ如ク會社ノ設立ニ免許ヲ要スルモノハ之ヲ免許主義ト謂フ千八百四十三年十一月九日ノ普漏西法、獨逸舊商法ヲ始シ各國商法ハ概ネ佛蘭西商法ニ倣ヒ一タヒハ此免許主義ヲ採リタルモノナリ我舊商法亦然リ(舊商一五六條、一六六條、二〇五條、二一一條、二二四條乃至二二七條)然レトモ佛蘭西ニ於テハ千八百六十七年七月二十四日ノ改正法ニ由リテ免許ヲ必要トセザルモノトシ獨逸ニ於テモ千八百七十年六月十一日ノ改正法ニ由リテ同シク免許ヲ必要トセザルモノトセリ此等ノ法律ニ依レハ會社ハ一般ノ法規ヲ遵奉シテ設立スルトキハ免許ヲ要セスシテ當然設立ノ效力アリ之ヲ稱シテ準則主義ト謂フ此ノ如ク各國法概ネ免許主義ヨリ準則主義ニ移リ現

今ニ於テ免許主義ヲ株主セルハ和蘭、奧地利ノ二國ノ外佛蘭西商法ヲ全然襲踏セル五六ノ小國ニ過キス而シテ英國法ハ千八百四十四年ノ會社法以來準則主義ヲ採レリ我舊商法モ亦舊商法ノ免許主義ヲ廢止シ準則主義ヲ採用セリ然レトモ特種ノ會社ニ付テハ行政法規ニ依リテ設立ノ免許ヲ必要トスルモノアルコトハ前ニ述ヘタルカ如シ

佛蘭西法ハ前ニ述ヘタルカ如ク千八百六十七年法ニ由リテ免許主義ヲ廢止シタルカ其他同法ニ由リテ大改正ヲ受ケタリ其後千九百九十年八月一日法ニ由リテ亦多少ノ改正ヲ爲セリ獨逸ニ於テハ舊商法ハ千八百七十年ノ法律ニ由リテ大改正ヲ受ケ千八百八十四年七月十八日法ニ由リテ株式會社及ヒ株式合資會社ニ付キ大改正ヲ被リタリ獨逸新商法ノ規定ハ此第二ノ改正法ト異ナレル所甚タシ英國ニ於テハ前ニ述ヘタルカ如ク千八百四十四年ノ會社法ハ千八百六十二年ノ會社法ニ由リテ廢止セラレ千八百六十七年及ヒ千九百年ノ二次ニ於テ大修正ヲ受ケタリ其他ノ各國商法ニ關スル沿革ハ煩々避ケテ之ヲ省略スヘシ(レーマン)株式會社法一卷七節參照)

株式會社ニ關スル法律ノ規定カ合名會社又ハ合資會社ニ關スル規定ト異ナラサルヘカラサル根本的ノ理由二アリ一ハ會社ノ社員即チ株主ノ保護ニ關シ一ハ會社債權者ノ保護ニ關ス株主ハ特定ノ金額ヲ贖出スルノミニシテ總會ニ於ケル議決權ノ行使ノ外ハ會社ノ業務ニ關係スルモノニ非ス又株主ハ少許ノ株金額ヲ贖出スルノミニシテ其以外ニ會社ノ債務ニ付キ責任ヲ負フコトナキヲ以テ其行使ヲ許サレ盛衰ニ付キ休戚ヲ感スルコトハ合名會社、合資會社ノ社員ノ如ク甚シカラサルヲ以テ行使ヲ許サレ盛衰ニ決權ノ如キモ屢之ヲ等閑ニ付スルコトアリ隨テ株式會社ニ於テハ其理事者タル役員カ專横ヲ爲シ私曲ヲ謀ルノ虞少カラス又大株主カ小株主ヲ壓制スルノ弊甚シ故ニ法律ハ株主ヲ保護スル爲メニ此等ノ

弊害ノ源ヲ杜絶セサルヘカラス而シテ他ノ一方ニ於テハ株式會社ノ株主ハ其離出スヘキ株金額ノ外ハ責任ヲ負フコトナク會社ノ債權者ハ唯會社財産ニ付キ債務ノ辨務ヲ求ムルノ外ナシ即チ株式會社ニ在リテハ會社財産ハ會社債權者ノ第一ノ擔保タルニ止マラスシテ其唯一ノ擔保タルナリ故ニ會社債權者ヲ保護スル爲メニハ一定ノ方法ヲ設ケ之ヲシテ會社事業ノ狀態ヲ知悉セシムルノ途ヲ開クト同時ニ會社財産ノ保全ヲ圖ラサルヘカラス法律ハ前述シタル二ノ理由ニ因リ株式會社ニ對シテハ合名會社、合資會社ト異ナレル種種ノ規定ヲ爲セリ其詳細ハ茲ニ述フヘキニ非サルモ根本的ノ特徴トモ謂フヘキ原則ニ付キ次ニ之ヲ一言セントス即チ其一ハ株式會社ニ關スル規定ハ其全部ノ概ネ公益規定ナルコト是ナリ合名會社、合資會社ニ於テハ前ニ述ヘタルカ如ク其對外關係ニ關スル規定ハ公益規定ナルモ對內關係ニ關スル規定ハ補充的ノ性質ヲ有スル任意規定ニシテ定款ヲ以テ之ヲ廢止又ハ變更スルコトヲ得ヘシ然ルニ株式會社ニ於テハ其對內關係即チ會社社員トノ間ノ關係ニ關スル規定モ概ネ皆公益規定ニシテ定款ヲ以テ之ヲ變更スルコトヲ得ス是レ株主ヲ役員ノ專横多數ノ壓制ヨリ救ハント欲スル爲メナリ他ノ一ハ株式會社ニ付テハ公示ノ原則行ハルコト是ナリ即チ株式會社ニ關シテハ設立ノ後一定ノ期間内ニ法定ノ事項ヲ登記セシメ(二四一條)定款ノ規定ヲ以テ會社公告ヲ爲ス方法ヲ定メシメ(二〇條七號)各種ノ帳簿ヲ設備シ之ヲ株主及ヒ會社債權者ノ閱覽ニ供セシメ(二七一條、一九一條)株式申込證ニハ法定ノ記載事項ヲ記載セシメ(二六條二項)貸借對照表ヲ公告セシメ(一九二條二項)社債ヲ募集セントスルキハ法定ノ事項ヲ公告セシム(二〇三條)ルカ如キハ此例ナリ是レ會社債權者及ヒ株主又ハ債權者若クハ株主タラントスル者ヲシテ會社ノ組織及ヒ事業ノ狀態ニ關スル知識ヲ得セシメントスルニ在リ

第一章 株式會社ノ意義

株式會社トハ總社員ノ出資ニ因リテ成レル資本ヲ株式ニ分ナテ社員ノ責任ヲ豫メ確定セララル金額ヲ限度トスル會社ヲ謂フ(一四三條、一四四條一項)

外國商法ニ於テハ佛商法其他之ニ倣ヘルモノハ株式會社ノ定義ヲ與ヘスシテ唯其商號カ其營業ノ目的ヲ表スヘキモノニシテ社員ノ氏名ヲ含ムコト能ハサルコト即チ所謂物の商號ナラサルヘカラルコトヲ規定セルノミナリ(佛商二九條、三〇號)西商法ハ物の商號ト資本ヲ株式ニ分ツコトヲ要素トシテ之カ定義ヲ爲セリ(西商二二條三號)獨逸商法、白耳義法、伊太利法、葡萄牙法ハ社員ノ有限責任ニ重ヲ置キテ其定義ヲ爲セリ何商法ハ株式ニ分ナタル資本ト株主ノ有限責任トノ二要素ヲ取リテ之カ定義ヲ爲セリ我舊商法亦然リ(舊商一五七條)瑞西債務法ハ之ニ物の商號ナル一ノ要素ヲ加ヘテ之カ定義ヲ爲セリ(瑞西債務法六二條)獨逸新商法ハ故ラニ株式會社ノ定義ヲ掲グルコトヲ避ケタルモ株式會社ノ總社員ハ出資ヲ以テ株式ニ分ナレル會社ノ資本ニ與リ會社ノ債務ニ付キ其責任ヲ負ハサルヘキコトヲ定ムルヲ以テ(獨逸新商一七八條)其何牙利商法ト同シク株式ニ分ナタル資本ト株主ノ有限責任トニ重ヲ置ケルコトハ明カナリ我舊商法モ亦別ニ株式會社ノ定義ヲ與ヘサレトモ株式會社ニ付キ物の商號ヲ用フヘキ旨ノ規定ナク又第一四三條及ヒ第一四四條第一項ノ規定ヲ爲セルヲ以テ之ヲ觀レハ其何牙利商法、獨逸新商法ト同シク株式會社ニ分ナタル資本ト株主ノ有限責任トニ重ヲ置ケルコトハ明カナリ「レーマン」ハ各國法ニ通スル株式會社ノ要素トシテ社團、資本、株式及ヒ有限責任ノ四ノ觀念ヲ列舉セリ(「レーマン」株式會社法一卷十一節參照)予ノ株式會社ノ定義トシテ前ニ述ヘタル所モ亦之ニ從ヘルモノナ

リ故ニ株式會社ノ要素ハ四アリ(第一)總社員ノ出資ニ因リテ成ル資本アルコト(第二)資本ヲ一定ノ株式ニ分ツコト(第三)社員ノ責任カ豫メ確定セラレタル金額ニ限ラルルコト(第四)會社タルコト即チ是ナリ以下順次之ヲ説明セントス

第一 株式會社ニ於テハ總社員ノ出資ニ因リテ成ル資本アルコトヲ要ス

一 株式會社ニハ資本アルコトヲ要ス 資本トハ會社ノ目的ヲ達スルカ爲メニ株主ノ融出セル基金ヲ謂フ株式會社ハ所謂資本團體ニシテ資本ハ其要素ナリ株式會社ノ目的ハ資本ニ因リテ達セラルモノニシテ資本ナケレハ株式會社アルコトヲ得ス而シテ資本ナル觀念ハ之ヲ會社ノ財産ナル觀念ト區別セサルヘカラス即チ資本ハ一定ノ金額ヲ以テ之ヲ表示スル理想上ノ額ナリ會社財産ハ實際上ノ額ナリ或ハ資本ハ會社ノ正則ノ財産ナリト曰フ者アルモ(コーザック)正確ヲ缺ケルモノナリ會社設立ノトキニ於テモ或ハ株式カ額面以上ニテ發行セラレタルトキ或ハ株主カ金錢以外ノ財産ヲ以テ出資ノ目的ト爲シタルトキハ其會社ノ現實ノ財産額ト資本ノ總額トハ相一致セサルコトヲ常トスシ況ヤ會社設立後ニ於テ會社ノ財産ハ或ハ事業ノ損失若クハ會社財産ノ價格ノ下落ニ因リテ資本額以下ニ下ルコトアリ或ハ事業ノ利益若クハ財産ノ騰貴ニ因リテ其以上ニ上ルコトアリ又會社カ法律若クハ定款ノ規定ニ依リ積立金ヲ設ケタルトキハ會社ノ財産ハ其積立金額又ハ資本額ヨリ多カルヘク會社ノ現實ノ財産額ト其理想ノ財産額タル資本額トハ寧ロ相一致セサルヲ常態トス

二 資本ハ株主ノ出資ニ因リテ成ルコトヲ要ス 第三者カ特定ノ社團ノ爲メニ財産ヲ融出スルカ如キハ之ヲ資本ト謂フコトヲ得ス故ニ會社ノ資本ハ社債ヲ募集スルコトニ因リテ増加スルコトナシ

三 資本ハ總社員ノ出資ニ因リテ成ルコトヲ要ス 株式會社ニハ出資ヲ爲ササル社員アルコトヲ得

ス出資義務ナキ株式即チ所謂自由株ナルモノハ少クトモ我商法ノ認ムル所ニ非ス

四 資本ハ之ヲ會社ノ目的ヲ達スルノ用ニ供スルコトヲ要ス 社員ヨリ基金ヲ徵收スルモ之ヲ他ノ目的ニ供スルトキハ資本ト謂フコトヲ得ス

五 資本ハ豫メ確定セララルコトヲ要ス 會社ハ確定ノ資本ナケレハ其要素ナキヲ以テ成立スルコトヲ得ス然レトモ其資本金額ニハ法律ニ最小限又ハ最大限ノ定ナシ瑞典株式會社法、北米合衆國ノ或州ノ商法ニハ最小限ノ定ヲ爲セルモノアルモ我商法ハ多數ノ例ニ從ヒ其定ナシ唯資本金五百圓未満ノ會社ハ小商人ニ關スル規定ノ結果トシテ成立スルコトヲ得サルハ總則編ノ講義ニ於テ述ヘタルカ如シ而シテ此資本カ初ヨリ確定スヘキ旨ノ原則即チ所謂資本確定ノ原則ハ必スシモ各國法ニ依リテ認めラルル所ニ非スシテ英米法ノ如キハ之ヲ認メス英國法ニ依レハ七人ノ發起人カ各一株ヲ引受クルトキハ會社ハ成立スルコトヲ得ルモノニシテ會社成立後ニ於テ其他ノ株式ニ付キ株主ヲ募集スルコトヲ得ヘキモノトセリ(千八百六十二年ノ會社法六條乃至一八條)

六 確定セラレタル資本ハ恣ニ之ヲ變更スルコトヲ得ス 即チ資本確定ノ原則ニ伴ヒ資本維持ノ原則ヲ生ス然レトモ資本ハ恣ニ之ヲ變更スルコトヲ得サルニ止マリ經濟上ノ必要ニ因リ法定ノ手續ヲ踐ムトキハ之ヲ變更スルコトヲ得ヘシ前ニ述ヘタル佛國ノ資本變更會社ハ資本ノ變更ヲ容易ニセリ

第二 株式會社ノ資本ハ之ヲ一定ノ株式ニ分ツコトヲ要ス

株式ハ株式會社ナル名稱ノ基ケル所ニシテ其重要ナル要素ナリ而シテ會社ノ資本ヲ株式ニ分ツコトハ總社員カ會社資本ノ一部ヲ融出スヘキコトヲ明示スルト同時ニ社員カ會社事業ニ參與スルノ程度ヲ示ス標準ヲ作ルモノナリ株式ニ關スル詳細ノ説明ハ之ヲ第三節ニ讓ラントス

第三 株式會社ノ社員ノ責任ハ豫メ確定セラレタル金額ヲ限度トスルコトヲ要ス

一 株主ノ有限責任ナル要素ハ株式會社ニ對シ比較的新シキモノナルモ今日ニ於テハ其最も重要ナル要素ト爲レリ即チ此制度ハ佛蘭西商法ノ始メテ之ヲ規定シタルモノニシテ(同商三條)今各國商法之ヲ認メサルモノ稀ナル(蘭商四〇條二項、獨舊商二一九條、同新商二二一條、瑞西債務法六二一條、六三條、英千八百六十二年會社法七條八條、西商法一五三條、葡商一〇五條、瑞典株式會社法一條、白千八百七十三年法二六條、伊商七六條、匈商一六八條、一四七條、唯英國法ノ如キハ特定ノ會社ニ付テハ株主ノ責任ハ必スシモ常ニ有限ナラサルモノトセリ(英千八百六十二年會社法一八二條、千八百七十九年改正法六條)又獨逸ニ於テハ古來製糖會社ノ株主カ其耕作スル蘆菁ヲ會社ニ供給スル義務ヲ負フノ慣習アリ其有限責任ナル原則ニ反セルヤ否ハ獨逸舊商法時代ニハ非常ニ議論アリシヲ以テ新商法ハ明文ヲ設ケ法定ノ場合ニ於テハ株主ニ負ハシムルニ資本出資ノ外金銭ニ非サル繼續的ノ給付ヲ爲スノ義務ヲ以テスルコトヲ得ルコトヲ定メタリ(獨新商二二一條)我商法ハ此等ノ例外ヲ認メス故ニ株主ノ責任ハ常ニ有限ニシテ之ニ對スル例外ナシ

二 株主ノ有限責任トハ株主カ會社ニ對スル關係ニ於テ之ヲ謂フモノニシテ株主ハ株主トシテハ會社債權者ニ對シテ直接ニ權利ヲ得又ハ義務ヲ負フコトナシ故ニ株主ノ責任ハ所謂填補責任ニシテ直接責任ニ非ス是レ株主カ合名會社又ハ會資會社ノ無限責任社員ト異ナル一點ナリ唯佛蘭西ノ學說ノ之ニ異ナルルコトハ前ニ合資會社ノ説明ニ於テ述ヘタル所ナリ

三 株主ノ責任ノ限度ハ原則トシテハ其引受ケ又ハ讓受ケタル株式ノ金額ニ在ルモ株式カ額面以上ニ於テ發行セラレタル例外ノ場合ニ於テハ其限度ハ其引受價額ニ在リ株主ハ株金額ノ外其額面ヲ超

ユル金額ヲ拂込ムノ義務ヲ負フ(一二二條二號、一二六條二項、一二九條二項、二一九條)

四 株主ノ責任ハ一定ノ金額ヲ限度トス隨テ原則トシテハ金銭ヲ以テ其出資ノ目的ト爲スモノナリ然レトモ定款ニ別段ノ定アルトキハ金銭以外ノ財産ヲ以テ出資ノ目的ト爲スコトヲ得(一二二條四號)要スルニ株主ノ出資ハ會社ノ資本ヲ醸出スルコトヲ目的ト爲スモノナルカ故ニ勞務信用ノ如キハ之ヲ以テ出資ノ目的ト爲スコトヲ得サルモノト謂ハサルヘカラス所謂勞務株主ナルモノハ我法律ノ認ムル所ニ非ス然レトモ英、米法ノ如キハ學說トシテ勞務株ヲ認メ智利商法ノ如キハ明文ヲ以テ之ヲ認ム

五 株主ノ責任ハ豫メ確定セラレタル金額ヲ限度ト爲スカ故ニ總會ノ決議又ハ定款ノ規定ヲ以テ其金額ヲ増加スルコトヲ得サルコトハ勿論ナルモ尙ホ又其金額以上ノ出資ヲ爲ス者ニ對シ優先株ヲ與フヘキ旨ヲ定ムルカ如キコトモ亦之ヲ爲スコトヲ得又金銭其他ノ財産ノ醸出以外ニ於テモ會社ノ役員ト爲ルヘキ義務ノ如キモノハ之ヲ負擔セシムルコトヲ得サルモノト解スルヲ正當ナリト信ス此事ハ獨逸ニ於テハ頗ル爭アル所ナリ獨逸舊商法時代ノ著書中ニハ「ベレンド」「スタウプ」ノ如キハ消極說ナルモ「ルノー」「ギールケ」「リング」ノ如キハ積極說ヲ採リ獨逸帝國裁判所亦積極說ニ從ヘリ獨逸新商法發布後ノ著書ニ於テハ「レーマン」ハ積極說ニシテ「ピンキル」ハ消極說ナリ然ルニ「スタウプ」ハ新商法第二二二條ノ解釋ノ結果トシテ積極說ニ變シ「マコーウェル」ノ如キモ同說ナリ然ルニ「リング」ハ却テ消極說ニ變セリ

六 株式會社ニ於テハ總テノ社員カ有限責任ヲ負フコトヲ要ス一人ト雖モ無限ノ責任ヲ負フ者アルトキハ株式合資會社ト爲ルモノニシテ株式會社タルコトヲ失フ

第四 株式會社ハ會社タルコトヲ要ス

一 株式會社ハ會社ナルカ故ニ商行爲ヲ爲スヲ業トスルコトヲ目的トスルモノナラサルヘカラス其他ノ營利ヲ目的トスル株式會社ハ一般ノ株式會社ニ關スル規定ノ準用ヲ受クルモノナルモ其本質ハ民法上ノ營利法人ニシテ商法上ノ株式會社ト謂フコトヲ得ス

此ノ如ク株式會社ヲ以テ商業ヲ目的トスルモノニ限ルコトトセルハ千八百九十三年以前ノ佛商法、千八百七十年以前ノ獨商法、蘭、白、奧、西、伊、葡等ノ諸國法ニシテ我商法ハ伊太利及ヒ葡萄牙商法ト同シク株式會社ニ關スル規定ハ一般ノ商業ヲ目的トセサル會社ニモ準用アルヘキノトセリ反之千八百七十年以後ノ獨商法、千八百九十三年以後ノ佛商法、匈商法ノ如キハ荷モ株式會社ノ組織ヲ有セルモノハ其目的商業ニ在ルト否ト問ハス之ヲ以テ株式會社ト爲シ之ヲ商人ト爲セリ我舊商法、如キモ亦其一ナリト信ス(舊商一五五條)予ハ立法論トシテ此主義ヲ贊成スルモノナリ尙ホ英國法、瑞西法及ヒ瑞典法ノ如キハ一般私法トシテ株式會社ニ關スル規定ヲ爲セルヲ以テ株式會社ノ目的カ商業ノミニ限ラルコトヲ必要トセサルコトハ勿論ナリ

二 株式會社ハ會社ナルカ故ニ商業ヲ目的トスル社團ナリ唯株式會社ハ其資本ニ重キヲ置キ其資本カ法人ノ本體ニシテ株主ハ其法人ニ因リテ利益ヲ受クルモノタルニ過キサルノ觀アルカ故ニ或學者ハ之ヲ以テ財團法人ナリトセリ(ベッケル)又或ハ之ヲ以テ社團ト財團トノ中間物ナリトシ或ハ又社團ト同時ニ財團アルモノトセルモ此等ハ通説ニ非ス我商法ハ明カニ之ヲ社團ト認ム

又我商法ハ多數法ト同シク其社員タルヘキ者ノ數ニ最少限ノ定ヲ爲シ七人以上タルヘキノトセリ(一一九條、一二三條、一二六條二項)是レ英、佛、白、匈、羅馬尼亞、巴西等ノ諸國法ニ同シキ所ナリ獨逸

法瑞西法ハ五人トシ葡萄牙法ハ十人トセリ其他ノ諸國法中ニハ最少限ノ定ヲ爲ササルモノアリ而シテ獨逸法ノ如キハ五人ノ株主ハ會社成立ノ條件タルニ止マリ會社ハ株主カ五人以下ニ減シタルコトニ因リテ解散スルモノト爲ササルモ我商法ハ七人ノ株主ヲ以テ會社成立ノ條件トセルト同時ニ會社存續ノ條件ト爲セルモノニシテ株主カ七人ヲ下ルトキハ會社ハ解散ス(三二一條三號)

三 株式會社ノ社員ハ之ヲ株主ト稱ス株主タルヘキ者ノ資格ニハ制限ナシ無能力者又ハ法人ト雖モ株主ト爲ルコトヲ得又株式會社ノ株主ト爲ルコトハ財產利用ノ一方法ト看ルコトヲ得ヘキノナキカ故ニ法人ハ其目的ノ如何ヲ問ハス株主ト爲ルコトヲ得ヘシト信ス隨テ國家其他ノ公法人又ハ公益法人ノ如キモ亦株主ト爲ルコトヲ得ルモノト謂ハサルヘカラス但英米法ニ於テハ法人ハ其定款ノ規定ニ依リ株主タルコトヲ許サレタル場合ニ限り會社ノ株式ヲ所有スルコトヲ得ルモノトセリ然レトモ公法上ノ關係ニ因リ特定ノ會社ニ付キ株主ノ資格ニ制限ヲ加フルモノアリ即チ或會社ニ付テハ外國人ノ株主ト爲ルコトヲ禁セリ(日本銀行條例五條、橫濱正金銀行條例五條、砂鐵採取法四條一項)其他株主ノ資格ニ制限アルモノアリ(鑛業條例四條、砂鐵採取法四條三項)尙ホ定款ノ規定ニ依リ株主タル資格ニ制限ヲ加フルコトハ妨クル所ニ非ス航海獎勵法又ハ造船獎勵法ニ依テ保護ヲ受ケントスル會社ハ其株主カ帝國臣民ノミナルコトヲ要スルカ故ニ(航海獎勵法一條、造船獎勵法一條)此等ノ會社ハ定款ノ規定ヲ以テ外國人ノ株主ト爲ルコトヲ禁止セサルヘカラス

四 株式會社ハ會社ナルカ故ニ社團法人ナリ外國法ハ亦概テ皆之ヲ以テ法人トセリ獨逸法系ノ諸國法ハ故ラ文明ヲ以テ此事ヲ決セサルコトハ前ニ述ヘタル如キモ多數ノ學說ハ株式會社ヲ以テ法人ナリトセリ唯テール『プリンケール』『カンスタイン』等二三ノ人カ之ヲ以テ組合ナリト曰ヘルモ

ノニシテ又「ウンゲル」「ヨーリー」等ハ之ヲ以テ組合ト法人トノ中間ナル獨逸法的ノ團體ナリトセルモ此等ハ通説ニ非ス故ニ學者ハ或ハ「アクトアン」「ゲゼルシャフト」ナル語ヲ忌ミ「アクトアン」「フュライン」ト言ハント主張セル者アリ

第二章 會社ノ設立

株式會社ノ設立ハ合名會社、合資會社ニ付キ説明シタルカ如ク簡單ナラス合名會社、合資會社ハ社員カ其定款ヲ作成スルニ因リテ成立スルモ株式會社ハ其要素トシテ確定セル資本ヲ要スルカ故ニ其成立ニ先テ資本ノ總額ニ對スル引受アリテ其最初ノ株主タルヘキ者カ確定セルルコトヲ必要トス故ニ株式會社ノ設立ニ付テハ少クトモ定款ノ作成及ヒ株式總數ノ引受ケナルヘカラス

我商法ハ定款ハ七人以上ノ發起人ニ於テ之ヲ作成スヘキモノトシ發起人カ株式ノ總數ヲ引受ケタルトキハ會社ハ之ニ因リテ成立スルモノトセリ之ヲ稱シテ單純設立（又ハ同時設立）ノ場合ト謂フ發起人カ株式ノ總數ヲ引受ケサルトキハ株主ヲ募集シ株式總數ノ引受アリタル後ニ於テ其株式引受人即チ會社ノ最初ノ株主タルヘキ者全員ノ會合ナル創立總會ヲ開キ會社ハ其創立總會ノ終結ニ因リテ成立ス之ヲ稱シテ複雜設立（又ハ漸次設立）ノ場合ト謂フ而シテ會社ノ成立アリタル後ニ於テ其成立ヲ以テ第三者ニ對抗スルカ爲メニ設立ノ登記ヲ爲スコトヲ要スルコトハ合名會社合資會社ニ付キ述ヘタル所ニ同シ第一九條乃至第二二條ハ定款ノ作成ニ關スル規定ヲ爲シ第一二三條及ヒ第一二四條ハ單純設立ニ關スル規定ヲ爲シ第一二五條乃至第一四〇條ハ複雜設立ニ關スル規定ヲ爲シ第一四一條及ヒ第一四二條ハ設立ノ登記ニ關スル規定ヲ爲セリ以下順次之ヲ説明セントス

會社ノ設立ニ付キ我商法カ官廳ノ免許ヲ要セサルモノト爲セルコトハ前ニ説明シタル所ナリ然レトモ會社ノ設立ハ屢、奸黠者流ノ爲メニ詐欺ノ用ニ供セラルルコトアリ少クトモ發起人カ會社設立ニ托シ不當ノ費用ヲ會社ニ負ハシムルコトハ屢、生シ易キ弊害ナリ故ニ法律ハ會社ノ設立ニ關スル規定ハ之ヲ公益規定トシ其嚴格ニ守ラルルコトヲ必要トセリ唯其規定中ニハ會社成立ノ基礎タルヘキモノト單ニ公益上ノ關係ヨリ設ケラレタル警察規定的ノモノトアリ前者ニ對スル違反ハ會社ノ設立ヲ無効トスレトモ後者ニ對スル違反ハ必スシモ常ニ會社設立ノ無効ヲ生スルコトナシ此等ハ會社設立ノ無効ニ關スル説明ニ讓ルヘキモ要スルニ會社ノ設立ニ關スル規定ハ其全部公益規定ナリ

第一節 定款ノ作成

株式會社ノ設立ニハ七人以上ノ發起人アルコトヲ要ス（一九條）發起人ハ會社ノ設立者ニシテ又同時ニ成立スヘキ會社ノ機關トシテ之カ設立ノ事務ヲ執行スル者ナリ我商法ハ七人ノ發起人ヲ要件トセリ是レ英國法ニ倣ヒタルモノニシテ佛蘭西自耳義等諸國法亦同シ獨逸法ハ五人以上トシ葡萄牙法ハ十人以上トセリ

發起人ト爲ルコトヲ得ヘキ者ハ株主ト爲ルコトヲ得ヘキ者ニ同シ故ニ發起人ハ必スシモ自然人タルコトヲ要セスシテ法人ト雖モ亦發起人タルコトヲ得發起人ハ必ス會社ノ最初ノ株主タルコトヲ要スルカ換言スレハ少クトモ一株ノ引受ヲ爲スコトヲ要スルヤ我商法ニハ之ヲ決セル明文ナキモ我商法カ前ニ述ヘタルカ如ク七人ノ株主ヲ以テ株主ノ最少限ト爲セルヲ觀又同時ニ發起人カ株式ノ全部ヲ引受ケルニ因リテ會社ノ成立スルコトヲ認メタルヨリ之ヲ觀レハ其發起人ハ少ナクトモ一株ノ引受ヲ爲スヘキ

モノト爲セル精神ナルコトハ明白ナリト信ス英國法、獨逸法ニ於テハ此事ハ明文上明カナリ反之佛、伊ニ於テハ學說ハ發起人ハ必スシモ株主タルコトヲ要セサルモノトセリ

發起人ハ定款ヲ作り之ニ署名スルコトヲ要ス(一一〇條)定款ノ作成ニ因リテ將來ノ會社ノ行動ノ基礎タルヘキ規則ノ定メラルルト同時ニ發起人間ニ於テ會社ノ設立ヲ目的トスル組合關係ヲ生ス之ヲ稱シテ發起人組合ト謂フ發起人ハ定款作成後ニ於テハ擅ニ其組合ヨリ脱退スルコトヲ得ス故ニ定款ノ作成ハ會社設立行爲ノ一段落ニシテ會社設立ノ要素タルヘキ特種ノ效力ヲ有スル要式契約ナリト信ス此點ニ關シテハ學者中爭多クシテ「レーマン」ノ如ク會社ノ設立ニ關シ一般ニ契約ヲ否認スル學說ハ少數說トシテ姑ク之ヲ措クモ契約論者ト雖モ通常定款ノ作成ノミニ因リテハ會社設立ノ契約ハ未ダ成立セサルモノナリト論セリ然レトモ予ハ株式會社ノ設立ニ關シテハ定款ノ作成株式ノ引受ノ如キ簡便ノ契約存在セルモ會社ノ設立ナル一ノ契約アルモノト看サルカ故ニ定款ノ作成モ亦發起人相互ノ間ニ於ケル一ノ契約ナリト看ルモノナリ

發起人ヲシテ定款ヲ作成セシムヘキモノトセルハ獨、佛、荷、白及ヒ瑞西法ナリ反之英國法ニ於テハ發起人ハ會社組織ノ大綱ヲ揭ケタル「メモランダム、オブ、アソシエーション」ヲ作ルヲ以テ足レリトシ其他ノ規定ハ「アーチクルス、オブ、アソシエーション」トシ後ニ至リテ之ヲ定ムルコトヲ得ヘキモノトセリ且其變更ノ手續ヲ容易ニセリ又模範定款ノ規定アリテ「アーチクルス、オブ、アソシエーション」ニ別段ノ定ナキトキハ之ニ從フヘキモノトセリ北米合衆國ノ法律モ亦概ネ之ニ同シ何商法モ發起人ハ定款中ノ重要ナル規定ノミヲ定メ之ヲ目録見書中ニ記載スヘキモノトシ其他ノ規定ハ創立總會ニ於テ之ヲ決定スヘキモノトセリ我舊商法、瑞典法ノ如キモ略ホ之ニ同シ舊商一五七條、一五八條、一六三條伊太

利商法ハ目録見書中ニ定款中ノ重要ナル規定ノミヲ記載スルモ又定款ノ全部ヲ記載スルモ發起人ノ隨意トセリ

定款ニ記載スヘキ事項ハ我商法ハ之ヲ列舉セリ而シテ其列舉セラレタル事項ニ二種アリ一ハ絕對の必要事項ニシテハ他ハ相對の必要事項ナリ前者ハ定款ノ要件ニシテ之ヲ記載セサル定款ハ無効ナリ後者ハ必スシモ之ヲ記載スルコトヲ要セサルモ之ヲ記載セサルトキハ其事項ヲ法律上ノ效力ヲ生セサルモノヲ謂フ而シテ定款中ニ此等列舉以外ノ事項ヲ定ムルハ勿論妨クル所ニ非サルノミナラス寧ロ普通ナル所ナリ必要事項ニ對シ之ヲ任意事項又ハ不要事項ト稱スルモ可ナリ任意事項ニ付テハ茲ニ之ヲ説明セス絕對の必要事項ハ第一二〇條ニ之ヲ列舉セリ

一 目的

二 商號

三 資本ノ總額 資本ノ總額ハ金額ヲ以テ表示スルコトヲ要スレトモ必スシモ之ヲ日本ノ貨幣本位ヲ以テ表示スルコトヲ要セス

四 一株ノ金額

五 取締役力有スヘキ株式ノ數(二六四條、一六八條)

六 本店及ヒ支店ノ所在地

七 會社カ公告ヲ爲ス方法 是レ株主及ヒ會社ノ債權者ヲシテ會社ノ公示スル事項ヲ知ラシムルカ爲メナリ

八 發起人ノ氏名住所 是レ設立事務ノ責任者ヲ明カニスルカ爲メナリ

以上列舉シタル事項中第五乃至第七ニ掲ケタル事項ハ寧ロ些細ノ事ニ屬スルヲ以テ之ヲ記載セザリシコトニ因リテ定款ヲ無効トスヘキモノトセシテ之ヲ記載セザリシトキハ創立總會又ハ株主總會ニ於テ定款ノ變更ト同一ノ方法ニ依リ決議ニ依リテ之ヲ補足スルコトヲ得ルモノトセリ(一一一條)

相對的必要事項ハ第一二二條ニ之ヲ列舉セリ

一 存立時期又ハ解散ノ事由 存立時期又ハ解散ノ事由ヲ記載セサルトキハ法定ノ解散事由ノ發生セサル限ハ總會ノ決議ニ因リテ解散スルノ外ナシ

二 株式ノ額面以上ノ發行 株式ノ額面以上ノ發行トハ株式發行ノ價額カ券面額ヲ超ユルヲ謂フ額面以上ノ發行ハ多ク複雑設立ノ場合ニ行ハルルモ單純設立ノ場合ニ於テモ全ク之ナキニ非ス而シテ又金錢以外ノ財産ヲ以テ出資ノ目的ト爲ス場合ニ於テモ財産ノ評價額カ額面ヲ超ユルトキハ之ヲ額面以上ノ發行ト謂フコトヲ得(ジ一モン)

額面以上ノ發行ヲ定款ニ記載スルニ付テハ其發行價額ハ之ヲ記載スルコトヲ要セス又發行價額ハ總株式ニ付キ均一ナルコトヲ要スト論スル者アルモ(リング「ヘルペンハール」)通説ニ反スルノミナラス我商法ヨリ言ヘハ其然ラサルコトハ殆ト明白ナリ(一二六條三項)

額面以上ノ發行ニ對シ額面以下ノ發行ハ會社ノ資本ノ充實ヲ圖ル所以ニ反スルヲ以テ我商法ハ之ヲ禁セリ(一二八條一項)縱令明文ナシトスルモ其之ヲ認ムヘカラサルハ明白ナリ

三 發起人カ受クヘキ特別ノ利益及ヒ之ヲ受クヘキ者ノ氏名 特別ノ利益ハ主トシテ利益ノ配當ニ關シ或ハ他ノ株主ニ比シ優先權ヲ與ヘ或ハ他ノ株主ヨリ多額ノ配當ニ與フルコトニ在ルモ其他新株ノ引受ニ關スル利益ヲ認メ殘餘財産ノ分配ニ關スル利益ヲ認メ又ハ會社ノ營造物ノ使用、製造品ノ配付等

ノ利益ヲ認ムルコトアリ然レトモ前ニ述ヘタルカ如ク出資義務ナキ株式ハ之ヲ認ムヘカラサルモノナルヲ以テ發起人ニ對スル特別利益トシテ之カ出資義務ヲ免除スルコトヲ得ス

特別ノ利益ハ之ヲ優先株ト區別スルコトヲ要ス即チ特別ノ利益ハ箇箇ノ株主之ヲ受クルモノニシテ普通株ニ對スル一種特種ノ株式アルニ非サレハナリ

特別ノ利益ハ我商法ハ之ヲ發起人ニ限リテ受クヘキモノトセリ外國法ハ之ヲ發起人ノミニ限ラサルモノ多シ我商法ノ規定ハ主トシテ發起人ノ設立ニ關スル盡力ノ報酬トシテ之ヲ認ムルモノナルモ尙ホ發起人カ金錢以外ノ財産ヲ出資ノ目的ト爲シタル場合ニ於テ其財産ヨリ生スル利益ニ付キ特別利益ヲ認ムル場合アリ

四 金錢以外ノ財産ヲ以テ出資ノ目的ト爲ス者ノ氏名其財産ノ種類、價格及ヒ之ニ對シテ與フル株式ノ數 金錢以外ノ財産ヲ以テスル出資ハ之ヲ現物出資ト謂フ現物出資ノ場合ニ於テハ其評價ヲ不當ニ高クスルトキハ會社ノ資本カ充實セラレサルノ結果ヲ生スヘキコトハ株式ノ額面以下ノ發行ト同一ト爲ルモノニシテ會社設立ノ詐欺ハ屢、現物出資ニ依リテ行ハルルヲ以テ之ヲ定款中ニ記載スヘキモノトセリ

現物出資ノ法律上ノ性質ハ金錢出資トモ異ナル所ナク金錢ヲ以テ出資ヲ爲スヘキ場合ニ於テ之ニ代ヘテ其他ノ財産ヲ以テスヘキ旨ノ代物辨濟ノ契約ヲ爲スモノニ非ス又財産ノ賣買アルニ非ス初ヨリ其財産ヲ以テ出資ノ目的ト爲スニ外ナラス

現物出資ノ目的タルコトヲ得ヘキ財産ハ貸借對照表中貸方欄ニ掲ケタルコトヲ得ヘキ財産ナルトキハ其如何ナルモノタルヲ問ハス(ジ一モン)故ニ動産、不動産ハ勿論特許、意匠專用權、著作權ノ如キ無形

ノ財産權ノ出資ノ目的タルコトヲ得ヘキコトハ明カナリ債權モ亦出資ノ目的タルコトヲ得ヘシ唯出資者カ新ニ會社ニ對シテ債務ヲ負ヒ又ハ手形ヲ振出スカ如キ場合ハ之ヲ含マサルモノト解スルヲ可ナリト信ス(反對説「コーザック」得意先、營業上ノ祕訣ハ多數ノ學者ハ之ヲ現物出資ノ目的タルコトヲ得ヘキモノトセリ我商法ノ解釋トシテ此等ノモノヲ財産ト謂フコトヲ得ヘキヤ多少ノ疑アルモノナルコトハ總則編ノ講義ニ於テ述ヘタル所ナリ又財産ノ使用、收益ノミヲ以テ出資トスル場合モ亦多數ノ學者ハ之ヲ現物出資ノ目的ト爲スコトヲ得ヘキモノトセリ唯勞務ノ出資ハ現物出資ニ非ス(反對説「コーザック」)

五 會社ノ負擔ニ歸スヘキ設立費用及ヒ發起人カ受クヘキ報酬ノ額 此等ノ事項ハ之ヲ定款ニ規定セサルトキハ會社ハ其負擔ニ任スルコトナク隨テ發起人カ事務管理又ハ不當利得ノ規定ニ依リテモ其會社ノ爲メニ支出シタル金額ノ償還ヲ求ムルコトヲ得サルモノト解スヘキナリ

以上述ヘタル相對的必要事項中第三以下ノモノハ會社ニ取リテハ不利益ナル結果ヲ生スル虞アルモノニシテ「コーザック」ノ所謂危險ナル結果ヲ包含スルモノナルヲ以テ此等ノ場合ニ付テハ外國法ハ皆特別ノ監督の規定ヲ設ク獨逸學者ハ此ノ如キ事項ヲ定メタル場合ヲ變態設立ト稱シ正則設立ニ對セシムルヲ常トス

第二節 單純設立

發起人カ株式ノ總數ヲ引受ケタルトキハ會社ハ之ニ因リテ成立ス(一二三條)之ヲ單純設立ノ場合ト謂フ單純設立ト複雜設立トヲ區別シテ規定ヲ爲セルハ獨、瑞西、伊、瑞典、葡、白、アルゲンチン」墨法

ナリ其他ハ此區別ヲ爲ササルカ又ハ單ニ複雜設立ノ場合ノミニ關スル規定ヲ爲セリ佛、獨、(舊)、匈、西等ノ商法皆然リ我舊商法モ亦後者ノ主義ニ從ヘリ(舊商一五七條以下)然レトモ此等ノ法律ニ於テモ單純設立ハ全然之ヲ許ササルニ非ス唯如何ナル程度ニ於テ複雜設立ニ關スル規定ヲ此場合ニ適用スヘキヤニ付テ疑ナキコトヲ得ス故ニ我商法ハ獨逸新商法ニ從ヒ此二ノ場合ヲ別チテ別箇ノ規定ヲ爲セリ

第一 株式ノ引受 發起人ノ爲ス株式ノ引受ノ法律上ノ性質如何「レーマン」ハ之ヲ株式申込證ニ依ル

株式ノ申込ト法律上同一ノ性質ヲ有スルモノニシテ其ニ株主タル地位ヲ取得スルコトヲ目的トスル單獨行為ナリト曰ヘリ然レトモ多數說ハ之ヲ以テ發起人相互間ノ契約ナリトシ且總株式ノ引受アリタルトキハ會社設立ノ契約アリタルモノトセリ予ハ前ニ述ヘタルカ如ク株式會社ノ設立ニ關シテハ會社設立ナル一ノ契約アルモノト看サルヲ以テ發起人ノ株式ノ引受ハ株式申込證ニ依ル株式ノ引受ト同性質ノ一種ノ契約ニシテ唯後者ハ發起人全員ト株式申込人トノ間ニ締結セラルルモ發起人ノ爲ス株式ノ引受ハ發起人相互ノ間ニ締結セラルルノ差異アルノミト信ス其發起人相互間ノ契約ハ如何ナル理由ニ因リ設立セラレタル會社ニ對シ其效果ヲ生スヘキハ後ニ之ヲ説明セントス

發起人ノ爲ス株式ノ引受ハ定款ノ作成ト同時ニ行ハルルヲ常トシ定款ノ作成ト同時ニ發起人カ株式ノ總數ヲ引受ケ會社ハ之ニ因リテ直チニ成立スルコトアリ此場合ニ於テモ定款ノ作成ト株式ノ引受トハ各別箇ノ契約ニシテ二者同時ニ締結セラルルニ過キサルモノト信ス

發起人カ定款ノ作成ト同時ニ株式ノ總數ヲ引受ケサリシトキハ殘餘ノ株式ハ必ス一ノ契約ニ因リテ之ヲ引受タルコトヲ要スト論スル者アルモ「スタウプ」「リッジ」「マコーウェル」少ナクモ我商法ノ

解釋トシテハ此說ニ從フノ必要ナシ發起人ハ何回ニテモ株式ノ引受ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ發起人カ遂ニ株式ノ引受ヲ終リタルトキハ會社ハ之ニ因リテ成立スルモノト看テ可ナリト信ス(「ベールンド」ブツフェルト「ビンチル」)

發起人ノ爲ス株式ノ引受ニ付テハ獨逸商法ノ如キハ公正證書ニ依ルコトヲ必要トセルモ(同商法一七八條)我商法ハ此ノ如キ事ヲ必要トセス故ニ極端ノ場合ヲ想像スレハ默示ノ意思表示ニ依リテモ仍ホ之ヲ爲スコトヲ得ルモノト信ス

第二 第一回ノ拂込 會社カ成立シタルトキハ發起人ハ遲滞ナク第一回ノ拂込ヲ爲スコトヲ要ス第一回ノ拂込ハ株金ノ四分ノ一ヲ下ルコトヲ得ス(一二三條)

第一回ノ拂込ハ各株式ニ付キ之ヲ爲スコトヲ要ス故ニ單ニ會社カ資本ノ四分ノ一ノ當ル金額ノ拂込ヲ受ケタルコトヲ以テ足レリトセス又各發起人カ其引受ケタル株金總額ノ四分ノ一ノ拂込ヲ爲シタルヲ以テ足レリトセスシテ各株式ニ付キ株金四分ノ一以上ノ拂込アルコトヲ要ス但四分ノ一ノ制限ニ付テハ鐵道會社ニ對シテハ例外ノ規定アリテ十分ノ一トセリ(私設鐵道法九條二項)又第一回ノ拂込ニ關スル規定ハ株金ノ四分ノ一ト云ヘルヲ以テ金錢出資ノ場合ノミニ關スルモノニシテ現物出資ノ場合ニハ其適用ナシト解スヘモノト信ス現物出資ノ場合ニ於テハ何時ニ於テ其出資ヲ爲スヘキヤハ第三章ニ於テ之ヲ説明セントス尙外國法ニ於テハ獨逸及第一回拂込ノ金額ハ四分ノ一以上タルヘキモノトシ其他ノ各國法ハ或ハ十分ノ一(白、蘭、葡、荷等)或ハ十分ノ二(瑞西)或ハ十分ノ三(伊)トセリ

額面以上ノ價額ヲ以テ株式ヲ發行シタル場合ニ於テハ其額面ヲ超ユル金額ハ第一回拂込ト同時ニ之ヲ拂込ムヘキモノト解スルヲ可ナリト信ス我商法ノ額面以上ノ發行ニ關スル規定ハ複雜設立ニ付テノミ適用アルヘキカ如ク見ユルモ之カ適用ハ單純設立ノ場合ニモ及ホスヘキモノト信ス(一二九條二項)

第三 取締役及ヒ監査役ノ選任 第一回ノ拂込ヲ終リタルトキハ遲滞ナク取締役及ヒ監査役ヲ選任スルコトヲ要ス此選任ハ發起人ノ議決權ノ過半数ヲ以テ之ヲ決ス(一二三條)發起人ノ議決權ハ何ヲ以テ之ヲ算スヘキカ我商法ハ之ニ關スル規定ヲ缺ケルモ第一六二條ノ規定ハ此場合ニモ適用アルモノト解シテ可ナリト信ス(一二三條三項)若シ發起人ノ頭數ニ依リテ其議決權ヲ算スヘキモノトセハ法律ハ發起人ノ議決權ノ過半数ト云ハスシテ發起人ノ過半数ト云フヘシト信ス(八七條、九三條、九六條、一〇九條等)

第四 設立手續ノ調査 取締役ハ其選任後遲滞ナク検査役ノ選任ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ要ス管轄裁判所及ヒ選任ノ申請ニ關スル手續ハ非訟事件手續法第一二六條、第一二七條ニ規定セリ

検査役ハ第一回ノ拂込カ商法ニ爲サレタルヤ否ヤヲ調査スルコトヲ要ス又所謂變態設立ノ場合ニ於テハ其果シテ正當ナルヤ否ヤヲ調査スルコトヲ要ス(一二四條一項)検査役カ此等ノ調査ヲ爲スハ公職ヲ行使スルモノニシテ其地位ハ破産管財人ニ類似セルモノト謂フコトヲ得検査役ノ數ニ關シテハ獨逸商法ハ複雜ノ語ヲ用フルヲ以テ二人以上アルコトヲ要スルコト明カナルモ我商法ニハ此ノ如キ制限ナキヲ以テ一人ニテモ妨ケンシト信ス

裁判所ハ検査役ノ報告ヲ聽キ發起人カ受クヘキ特別利益、現物出資、會社ノ負擔ニ歸スヘキ設立費用及ヒ發起人カ受クヘキ報酬ノ額ニ關スル事項ヲ不當ト認メタルトキハ決定ヲ以テ之カ變更ヲ命スル

コトヲ得(二二四條二項、非訟二二八條、二二九條)此場合ニ於テハ發起人及ヒ取締役ハ即時抗告ヲ爲スコトヲ得又現物出資ヲ爲ス者アル場合ニ於テ之ニ對シテ與フル株式ノ數ヲ減シタルトキハ其者ハ金錢ヲ以テ拂込ヲ爲スコトヲ得(二二四條二項、一三五條、非訟二二九條三項)

第三節 複雜設立

複雜設立ノ場合ニ於テハ創立總會ニ於テ會社設立ノ廢止ノ決議ヲ爲ササル限ハ會社ハ創立總會ノ終結ニ因リテ成立ス(二三八條、一三九條)

第一 株主ノ募集 複雜設立ノ場合ニ於テハ發起人ハ株式ノ一部ヲ引受ケ殘部ニ付キ株主ヲ募集スルコトヲ要ス(二二五條)株主ノ募集ハ必スシモ廣ク公衆ニ對シテ之ヲ爲スコトヲ要セス隨テ公示ノ方法ニ依リテ之ヲ爲スコトヲ要セス匈、白、葡、瑞典法ノ如キハ所謂目論見書主義ヲ採リ株主ヲ募集スルニ當リテハ必ス定款中ノ重要ナル規定ヲ掲ケタル目論見書ヲ作ルヘキモノトシ株主タラントスル者ハ之ニ依リテ會社ノ根本的規則ヲ知り其株式ノ申込ヲ爲スヘキモノトセリ我舊商法亦此主義ニ屬セリ(舊商一五七條以下)英國法ニ於テモ目論見書ハ發起人ノ之ヲ公告スルコトヲ得ルモノトセリ我新商法ハ獨逸法ニ倣ヒ目論見書ヲ必要トセスシテ株式申込證ニ依リテ株式ノ申込ヲ爲スヘキモノトセリ株式申込證ニハ法定ノ事項ヲ記載スルコトヲ要シ株式ノ申込ヲ爲スノ證書タルト同時ニ之ニ依リテ株式ノ申込ヲ爲ス者ヲシテ會社ノ根本的規則ト自己ノ負擔スヘキ義務トヲ知ラシムルノ具ト爲ルモノナリ

第二 株式ノ引受 複雜設立ノ場合ニ於テ發起人ノ爲ス株式ノ引受ハ單純設立ニ付キ説明シタル所ト

同一ナリ發起人以外ノ者ハ株式申込證ニ依リテ株式ノ申込ヲ爲スコトヲ要シ株式申込證ニ依ラザル申込ハ法律上其效力ナシ(二二六條一項)尤モ發起人ト雖モ株式申込證ニ依リテ株式ノ申込ヲ爲スコトヲ妨ケス

株式申込證ハ發起人ノ之ヲ作リ次ノ事項ヲ記載スルコトヲ要ス株式申込證ハ要式證書ナルヲ以テ次ニ掲ケタル事項ノ記載ヲ缺ケルトキハ法律上其效力ナシ(二二六條二項)

一 定款作成ノ年月日

二 定款ノ絕對的必要事項及ヒ相對的必要事項

三 各發起人カ引受ケタル株式ノ數

四 第一回拂込ノ金額

株式ノ申込ヲ爲サントスル者ハ株式申込證二通ニ其引受ケヘキ株式ノ數ヲ記載シ之ニ署名スルコトヲ要ス額面以上ノ價額ヲ以テ株式ヲ發行スル場合ニ於テハ株式申込人ハ株式申込證ニ引受價格ヲ記載スルコトヲ要ス(二二六條一項、三項)二通ノ申込證書ヲ作成セシムルノ理由ハ其一通ヲ以テ設立登記ノ申請書ニ添附シ以テ資本總額ニ對スル申込アリタルコトヲ證セシムルカ爲メナリ(非訟一八七條三項、三項)

茲ニ一ノ問題ト爲ルヘキハ株式申込人ハ其申込ニ條件、期限其他ノ制限ヲ附スルコトヲ得ルヤ否ヤ是ナリ株式ノ申込カ株式申込證ニ依ルコトヲ必要トスル要式行爲ナルヨリ觀レハ其申込證ニ記載ナキ制限ノ無効ナルコトハ疑ヲ容ルルノ餘地ナシト信ス獨逸新商法ノ如キハ之ヲ明言セリ(同商一八九條五項)然ラハ申込證ニ明記シタル制限如何獨逸商法ハ原則トシテ制限ヲ爲スコトヲ認メスシテ

制限ヲ爲シタル申込ハ無効ナリトセリ(同商一八九條四項)瑞西債務法ハ條件附ノ申込ハ其條件成就セサル場合ニ於テ他ノ申込ヲ以テ之ニ代フルコトヲ得ヘキ場合ニ於テノミ之ヲ算入スルコトヲ得ルモノトセリ(同法六一七條二項)佛蘭西商法ニ於テハ明文ナキモ學說ハ仍ホ制限附申込ヲ無効ナリトセリ我商法ニ於テモ株式ノ申込ヲ爲シタル者ハ其引受クヘキ株式ノ數ニ應ジテ拂込ヲ爲ス義務ヲ負フヘキコトヲ定メ(一二七條)又株式引受人カ其申込ヲ取消シ得ヘキ事由ヲ定ムルヲ以テ(一四〇條)單純ナル申込ノミヲ認ムルモノニシテ申込ニ制限ヲ附スルカ如キハ之ヲ認ムヘカラサルモノト解シテ可ナリト信ス(商法修正案參考書一二七條、舊商一六二條、レール草案一八五條理由)

株式ノ申込ニ對シテハ發起人ハ株式ノ割當ヲ爲スコトヲ要ス株式ノ引受ハ之ニ因リテ確定ス株式ノ割當ハ發起人ニ於テ任意ニ之ヲ爲スコトヲ得ヘキ申込ノ株式數、申込ノ前後等ニ依リテハ毫モ拘束セラルル所ナシトハ獨逸ニ於ケル通說ナリ佛蘭西其他ノ諸國ニ於ケル學說ハ之ニ反セルモノ多シ我商法ノ解釋トシテ獨逸ニ於ケル通說ニ從テ妨クル所ナシト信ス

株式申込ノ法律上ノ性質如何ニ付テハ議論百出殆ト之ヲ枚舉スルニ遑アラサルモ之ヲ大別スレハ單獨行爲說ト契約說トノ二ト爲ルヘシ單獨行爲說ハ「レーマン」之ヲ唱フ曰ク株式ノ申込ハ株主タル地位ヲ取得スルコトヲ目的トスル一種ノ單獨行爲ナリ恰モ國籍ヲ取得シ又ハ市町村ノ住民籍ヲ取得スル行爲ト同一ナリ之ニ對スル株式ノ割當ハ申込ニ對スル承諾ニ非ス是レ亦會社ノ設立ヲ目的トスル一種ノ單獨行爲ニシテ株式ノ申込ハ之ニ因リテ確定セラルモノナリト契約說ヲ採ル者ノ中ニハ純然タル契約說ヲ採ル者ト契約タルト同時ニ會社設立行爲ノ要素タル性質ヲ有スルモノナリト論スル者アリ(後說「ギールケー」「ペーレンド」獨逸帝國裁判所判決等)予ハ此後說ニ從フ者ナリ

契約論者中ニ於テモ株式ノ申込ヲ以テ契約ノ申込ト看ルヘキカ又ハ其承諾ト看ルヘキカ契約ハ何レノ時ニ於テ成立スルカ契約ノ當事者ハ何人ナルカ及ヒ如何ナル種類ノ契約ナルカニ付テハ議論一定セス「ペーレンド」「ゼン」「ベヒマン」ハ株式ノ申込ハ契約ノ承諾ニシテ株式引受ナル契約ハ申込カ申込證ニ署名ヲ爲シタル時ニ成立スルモノナリト曰ヘルモ是レ通說ニ反ス何トナレハ前ニ述ベタル如ク發起人ハ自由ニ割當ヲ爲シ株式ノ申込ヲ拒否スルノ權アレハナリ「コーザク」ハ株式ノ申込ハ通常ハ契約ノ申込ナリト曰ヘリ其意味ハ發起人カ特定ノ申込人ニ對シ申込ヲ爲スヘキ旨ノ意思ヲ表示シタルトキハ其申込タルヤ契約ノ承諾ナリト云フニ在ルヘシ「ペーレンド」ノ如キモ亦此ノ如キ場合ヲ豫想セリ然レトモ予ハ株式ノ申込ハ如何ナル場合ニ於テモ常ニ申込ニシテ之ニ對スル承諾アリヲ始テ引受ノ契約完成スルモノナリト信ス

株式ノ申込ハ契約ノ申込ナリト爲ス者ノ間ニ於テモ其承諾ハ何時ニ在ルカ契約ハ何時ニ於テ完成スルヤニ付テハ數說アリ或ハ株式申込人カ申込ニ對スル承諾ノ通知ヲ受ケタル時ニ在リト爲ス者アリ「ヨーリー」或ハ創立總會終了ノ時ニ在リト爲ス者アリ「リング」「アドルマン」或ハ設立ノ登記ヲ爲ス時ニ在リト爲ス者アリ「スタウプ」然レトモ予ハ發起人カ承諾ヲ爲シタル時ニ在リト信ス(同說「キーナー」「ペーレンド」「ピンチル」)即チ發起人カ配達ヲ爲シ其承諾ノ意思ヲ表示シタルトキハ引受ノ契約ハ茲ニ成立スヘキ而シテ隔地者間ニ於テハ承諾ノ通知ヲ發シタル時ニ成立スヘシト信ス(民五二六條)

引受ノ契約ノ當事者ハ何人ナルヤニ付テハ或ハ株式申込人ト他ノ株式申込人トナリト爲ス者アリ「ヨーリー」「キッラー」「ブリムケル」或ハ株式申込人ト他ノ株式申込人及ヒ發起人ナリト爲ス者アリ

リ(リング)或ハ同時ニ二箇ノ契約アリテハ株式申込人ト發起人トノ間ニ結ハルモノニシテハ株式申込人ト他ノ株式申込人トノ間ニ結ハルモノナリト爲ス者アリ(キーナール)此等ノ論者ハ概ネ所謂株式申込人組合ナルモノヲ想像シ隨テ會社ノ設立ナル一ノ契約ヲ認ムルモノハ株式引受ノ契約ハ各箇ノ申込人ト發起人トノ間ニ結ハルモノニシテ隨テ申込人相互間ニ一ノ組合的ノ關係ヲ生スルコトナシト信ス(同説)ラバント「バーン」「ペーレンド」

引受ノ契約カ如何ナル性質ヲ有スルヤニ付テハ或ハ組合ナリトシ(ヨーリー)「ウイッター」「プリムタル」或ハ賣買ナリトシ(アウエルバフ)或ハ委任ナリトシ(プリンクマン)或ハ此等ノ契約ノ併合ナリト爲ス者アリ(キーナール)「アーデルマン」然レトモ予ハ株式ノ引受ハ一種特別ノ契約ニシテ其根本的ノ性質ハ發起人相互間ニ結ハル株式ノ引受トモ異ナル所ナク唯要書契約ナルノ點ニ於テ之ト異ナルモノト信ス

我商法ノ解釋トシテ一方行爲說ヲ採ル者ハ商法第一二條ヲ根據トセリ曰ク株式ノ申込ナリトスルトキハ之ニ對スル割當ヲ爲スニ際シ其申込ノ株式數ヲ減シタルトキハ其承諾ニ因テハ契約ハ成立スヘキニ非ス(民五二八條、獨民一五〇條二項)商法第一二七條ニ「株式ノ申込ヲ爲シタル者ハ其引受クヘキ株式ノ數ニ應ジテ拂込ヲ爲ス義務ヲ負フ」ト云ヘルハ即チ一方行爲ノ原則ヲ掲ケタルモノニ外ナラスト然レトモ予ハ信スル所ニ據レハ株式ノ申込ハ契約ノ申込ナルモ普通ノ契約ノ申込ト異ナリ之ニ對スル承諾ニ於テ其申込ニ制限ヲ附シタルコトニ因リテ申込タルノ效力ヲ失ハサルモノニシテ我商法第一二七條ハ實ニ其意味ヲ明言シ申込ニ一種異様ノ效力ヲ與ヘタルモノニ外ナラス一方行爲說ハ其申込ナル語ノ通常ノ意味ニ反スルノミナラス此說ヲ採ルトキハ株式ノ引受カ何ノ故ニ申込ニ

0181

對スル割當ニ因リテ確定スヘキニ付テハ何等ノ明文ナキヲ以テ其現象ヲ說明スルニ苦ムヘシ「レマン」ノ說明ノ如キハ此點ニ關シテハ十分ナラサルカ如シ

要之予ハ信スル所ニ據レハ株式ノ申込ハ常ニ契約ノ申込ニシテ發起人カ之ニ對シテ承諾ヲ爲シタル時ニ於テ引受ノ契約ハ其申込人ト發起人トノ間ニ成立ス而シテ申込人ト發起人トノ間ニ成立ストハ各箇ノ申込人ト發起人全員トノ間ニ成立スルノ意味ナルヲ以テ申込ニ對スル承諾ヲ爲ス爲メニハ發起人全員ノ一致アルコトヲ要シ其一人ノ不同意ハ引受ノ契約ノ成立ヲ妨グルノ效力アリ

株式ノ申込ハ以上述ヘタルカ如ク發起人カ之ニ對シテ承諾ヲ爲シタルコトニ因リテ株式ノ引受ナル契約ヲ生シ株式申込人ハ之ニ因リテ株式引受人ト爲ス然レトモ株式引受人ハ永久ニ其契約ニ因リテ拘束セラルヘキモノトスルトキハ當事者ノ意思ニ違フヲ以テ我商法ハ「株式總數ノ引受アリタル後一年內ニ第百二十九條ノ拂込カ終ハラサルトキ又ハ其拂込カ終ハリタル後六個月內ニ發起人カ創立總會ヲ招集セサルトキハ株式引受人ハ其申込ヲ取消シ拂込ミタル金額ノ返還ヲ請求スルコトヲ得」ト定ム(一四〇條)

第三 第一回ノ拂込 株式總數ノ引受アリタルトキハ發起人ハ遲滞ナク各株ニ付キ第一回ノ拂込ヲ爲サシムコトヲ要ス又額面以上ノ價額ヲ以テ株式ヲ發行シタルトキハ其額面ヲ超ユル金額ハ第一回ノ拂込ト同時ニ之ヲ拂込マシムルコトヲ要ス(一二九條)其詳細ニ付テハ單純設立ニ付キ述ヘタル所ニ同シキヲ以テ之ヲ略ス

株式引受人カ第一回ノ拂込ヲ爲ササルトキハ發起人ハ二週間ヲ下ラサル一定ノ期間ヲ指定シ其期間內ニ拂込ヲ爲スヘキ旨及ヒ其期間內ニ之ヲ爲ササルトキハ其權利ヲ失フヘキ旨ヲ其株式引受人ニ通

知スルコトヲ得此場合ニ於テ株式引受人カ拂込ヲ爲ササルトキハ其權利ヲ失フ而シテ發起人ハ其者カ引受ケタル株式ニ付キ更ニ株主ヲ募集スルコトヲ得(二三〇條一項二項)發起人カ此規定ニ依リテ株式引受人ノ權利ヲ失ハシムルト否トハ其任意ナルヲ以テ發起人ハ之ニ依ラスシテ直接ニ強制履行ヲ爲サシムルコトヲ得ヘシ而シテ此規定ニ依リテ株式引受人ノ權利ヲ失ハシメタル場合ニ於テモ仍ホ別ニ之ニ對シテ損害ノ賠償ヲ請求スルコトハ勿論妨ケナキ所ナリ(二三〇條三項)

第四 創立總會ノ招集 各株ニ付キ第一回ノ拂込アリタルトキハ發起人ハ遲滞ナク創立總會ヲ招集スルコトヲ要シ(三三一條一項)招集ノ手續ハ株主總會招集ニ關スル規定ニ從フコトヲ要ス(三三一條三項)創立總會ハ株式引受人ノ總會ニシテ設立手續ノ調査ヲ爲ス機關タルト同時ニ設立ヲ爲スヘキヤ否ヤヲ決スル總會ナリ

創立總會ニハ株式引受人ノ半數以上ニシテ資本ノ半額以上ヲ引受ケタル者出席シ其議決權ノ過半數ヲ以テ一切ノ決議ヲ爲ス(三三一條二項)但株式引受人ハ自ラ必スシモ出席スルコトヲ必要トスルニ非ス代理人ヲ以テ其議決權ヲ行フコトヲ得ルモノニシテ代理人ハ代理權ヲ證スル書面ヲ發起人ニ差出スコトヲ要ス(三三一條三項)此規定ハ株主總會ニ於テ定款ノ變更其他重大ナル法定ノ事項ニ付キ決議ヲ爲スノ方法ニ該當セリ(二〇九條)蓋シ此ノ如キ鄭重ナル決議ヲ要スルモノトセルハ一方ニ於テ其決議スヘキ事項ノ重大ナルト同時ニ他ノ一方ニ於テ發起人ノ專横ヲ防カンカ爲メナリ

創立總會ハ株式引受人ノ總會ナリ故ニ總テノ株式引受人ハ其決議ニ與ルヘキモノニシテ其議決權ハ一株ニ付キ一箇ナリ但十一株以上ヲ引受ケタル株式引受人ノ議決權ハ定款ヲ以テ之ヲ制限スルコトヲ得又創立總會ノ決議ニ付キ特別ノ利害關係ヲ有スル者ハ其議決權ヲ行フコトヲ得ス(三三一條三項)

項)日本商法論ノ如キハ株式引受人中ニハ發起人ヲ包含セサルモノト爲シ隨テ發起人ハ創立總會ノ決議ニ與ラサルモノトセリ(志田博士日本商法論二編上卷二六七頁、二七八頁、二七九頁)若シ此ノ如キ說ヲ採ルトキハ會社ノ設立ヲ企圖シタル發起人カ會社ヲ設立スヘキヤ否ヤノ決議ニ與ルコトヲ得サルコトト爲リ(三八條)當ニ常識ニ反スルノミナラス發起人カ資本ノ半額以上ヲ引受ケタルトキハ創立總會ハ竟ニ成立スルコト能ハサルニ至ル而シテ發起人カ資本ノ半額以上ヲ引受ケタルハ決シテ稀ナル場合ニ非ス故ニ按ニ所謂株式引受人トハ株式ヲ引受ケタル總テノ者ヲ指スモノト解スルヲ正シトス外國法ヲ觀ルニ唯白耳義法ノミハ發起人ヲシテ創立總會ノ決議ニ加ハラサシムルモノトセルモ(白商三二條)其他ニハ此ノ如キ立法例ヲ見ス

創立總會ニ出席スヘキ者ハ株式引受人ナリ株式引受人ハ其引受ケタル株式ヲ讓渡シ又ハ讓渡ノ豫約ヲ爲スコトヲ得サルカ故ニ(一四九條)其權利ヲ讓受ケタル者ハ創立總會ニ出席スルコトヲ得ス唯株式引受人ノ相續人ハ當然其被相續人ノ地位ヲ承繼スルモノナルカ故ニ創立總會ニ出席スルコトヲ得ヘシ

創立總會招集ノ手續又ハ其決議ノ方法カ法令又ハ定款ニ反スルトキハ株式引受人ハ其決議ノ無効ノ宣告ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得此請求ハ決議ノ日ヨリ一箇月内ニ之ヲ爲スコトヲ要シ若シ此期間内ニ請求ヲ爲ス者ナキトキハ其決議ニ手續ノ欠缺アルニ拘ハラス有效ノモノト爲ル(三三一條三項)第五 創立事項ノ報告 發起人ハ會社ノ創立ニ關スル事項ヲ創立總會ニ報告スルコトヲ要ス(三三一條)不實ノ申立ヲ爲シ又ハ事實ヲ隱蔽シタルトキハ過料ノ制裁アリ(二六一條一號)第六 取締役及監査役ノ選任 創立總會ニ於テハ取締役及監査役ヲ選任スルコトヲ要ス(三三一條)

會社創立前ニ於ケル取締役及ヒ監査役ノ地位ノ如何ナルモノナリヤニ付テハ之ヲ論セル者少キカ如シ然レトモ創立總會ハ成立スヘキ會社ノ爲メニ取締役及ヒ監査役ヲ選任シタルモノニシテ會社ト取締役及ヒ監査役トノ間ニ於テハ會社成立後ニ株主總會ニ於テ選任シタル取締役及ヒ監査役ト同シク委任ノ關係ヲ生スルモノト看テ可ナルヘシ若シ創立總會カ設立廢止ノ決議ヲ爲シ會社カ遂ニ成立スルニ至ラザリシトキハ如何取締役及ヒ監査役ト株式引受人トノ間ニモ亦委任ノ關係アリシモノトシ委任ニ關スル規定ヲ此等ノ關係ニ適用シテ可ナリト信ス(民六四四條以下)外國法ハ多ク會社成立前ニ於ケル取締役及ヒ監査役ノ責任ニ付キ特別規定ヲ爲セリ

會社成立前ニ於ケル取締役及ヒ監査役ハ亦取締役及ヒ監査役ナルカ故ニ之カ員數及ヒ任期ニ付テハ取締役及ヒ監査役ニ關スル第一六五條、第一六六條及ヒ第一八〇條ノ適用アルモノト解スヘキモノト信ス唯取締役及ヒ監査役ハ商法ハ之ヲ株主中ヨリ選任スヘキモノトセルモ(一六四條、一八九條)會社成立前ニ於テハ嚴格ナル意味ニ於ケル株主ナキカ故ニ其規定ノ精神ヲ推シ株式引受人中ヨリ選任シテ可ナルヘク此點ニ關シテハ法律ニ缺漏アルモノト信ス

第七 設立手續ノ調査 取締役及ヒ監査役ハ株式總數ノ引受アリタルヤ否ヤ及ヒ各株ニ付キ第一回ノ拂込アリタルヤ否ヤヲ調査スルコトヲ要ス又所謂變態設立ノ場合ニ於テハ其果シテ正當ナリヤ否ヤヲ調査スルコトヲ要ス調査ヲ終リタルトキハ之ヲ創立總會ニ報告スルコトヲ要ス而シテ取締役又ハ監査役中ニ於テ發起人ヨリ選任セラレタル者アルトキハ創立總會ハ特ニ検査役ヲ選任シ此等ノ調査及ヒ報告ヲ爲サシムルコトヲ得(三四條)此場合ニ於ケル検査役ハ創立總會ノ選任スル所ナルカ故ニ裁判所ノ選任ニ係ル検査役トハ其法律上ノ性質ヲ異ニシ一種ノ公職ト謂フヘキモノニ非スト信ス

創立總會ニ於テ發起人カ受クヘキ特別利益現物出資會社ノ負擔ニ歸スヘキ設立費用及ヒ發起人カ受クヘキ報酬ノ額ニ關スル事項ヲ不當ト認メタルトキハ之ヲ變更スルコトヲ得現物出資ヲ爲ス者アル場合ニ於テ之ニ對シテ與フル株式ノ數ヲ減シタルトキハ其者ハ金錢ヲ以テ拂込ヲ爲スコトヲ得(三五條)

引受ナキ株式又ハ第一回ノ拂込ノ未済ナル株式アルトキ又ハ株式ノ申込カ取消サレタルトキハ發起人ハ連帶シテ其株式ヲ引受ケ又ハ其拂込ヲ爲ス義務ヲ負フ(一二六條)

第八 設立ノ決議 會社ノ設立ニ關スル決議ニ付テハ二様ノ主義アリ佛蘭西及ヒ瑞西法ハ創立總會ニ於テハ唯設立ノ爲メニ必要ナル條件カ充サレタリヤ否ヤヲ確認スルニ止ムヘキモノトシ會社ノ設立ノ廢止ハ唯之カ確認ヲ爲ササルコトニ因テノミ生スヘキモノトセリ獨、匈、葡、瑞典法ハ之ニ反シ別ニ設立ノ決議ヲ爲スヘキモノトセリ我商法ハ特ニ設立ノ決議ヲ爲スヘキコトヲ定メサルモ定款ノ變更又ハ設立ノ廢止ノ決議ヲ爲スコトヲ得ヘキモノト爲セルカ故ニ(二三八條)設立ノ廢止ノ決議ヲ爲サシシテ創立總會カ終結シタルトキハ則チ會社ノ設立アリタルモノニシテ特ニ設立ノ決議ヲ爲スコトヲ必要トセスト解シテ可ナランカ(一二九條)

會社設立ノ決議ハ或ハ之ヲ以テ會社設立ノ契約ナリトシ株式引受人間ニ於ケル設立ノ契約ハ之ニ因リテ完成スト論スル者アリ然レトモ決議ハ契約ト異ナルカ故ニ此說ノ採用スヘカラサルハ明カナリ又株式ノ引受ニ因リテ株式引受人組合ヲ生スル者ハ株式引受人ハ創立總會ニ於ケル決議ニ服従スヘキ契約ヲ豫メ爲シタルモノニシテ決議ハ契約ノ内容ヲ定ムルモノナリト爲セルモ此說ノ採ルヘカラサルコトハ前ニ述ヘタル所ナリ況ヤ我商法ハ特ニ設立ノ決議ヲ必要ト爲ササルニ於テヤ要之

會社ハ創立總會ノ終結ニ因リテ法律上當然成立スルモノニシテ株式引受人相互ノ間ニ於テ會社設立ノ契約ヲ生スルコトナシ

會社設立ノ廢止又ハ定款ノ變更ノ決議ニ付テハ別ニ規定ナキカ故ニ他ノ決議ト同シク株式引受人ノ半數以上ニシテ資本ノ半額以上ヲ引受ケタル者ノ議決權ノ過半數ヲ以テ之ヲ決スルコトヲ得外國法ハ特定ノ事項ニ關シテハ出席者全員ノ同意又ハ株式引受人全員ノ同意ヲ要スヘキモノト爲セル例多シ立法論トシテハ此主義或ハ當ヲ得タルモノナルヘシ

第四節 設立ノ登記

會社ハ單純設立ノ場合ニ於テハ設立手續調査終了ノ日ヨリ複雜設立ノ場合ニ於テハ創立總會終結ノ日ヨリ二週間内ニ其本店及ヒ支店ノ所在地ニ於テ次ノ事項ヲ登記スルコトヲ要ス(一四一條一項)

一 目的

二 商號

三 資本ノ總額

四 一株ノ金額

五 會社カ公告ヲ爲ス方法

六 本店及ヒ支店

七 設立ノ年月日

八 存立時期又ハ解散ノ事由ヲ定メタルトキハ其時期又ハ事由

九 各株ニ付キ拂込ミタル株金額

十 開業前ニ利息ヲ配當スヘキコトヲ定メタルトキハ其利率(一九六條、一九七條)

十一 取締役及ヒ監査役ノ氏名、住所

外國法ノ多數ハ定款全部ノ登記ヲ爲スカ又ハ定款ノ全部ヲ裁判所ニ供託スルコトヲ要ス我商法ノ如ク登記事項ヲ重要ナル事項ノミニ限レルハ唯瑞典株式會社法及ヒ獨逸新商法ノミ

株式會社設立ノ登記ハ一ノ特別ナル效力アリ即チ本店ノ所在地ニ於テ設立ノ登記ヲ爲シタル後ハ株式引受人ハ詐欺又ハ強迫ニ因リテ其申込ヲ取消スコトヲ得サルコト是ナリ(一四二條)

第五節 發起人ノ地位

發起人ハ會社ノ設立ヲ企圖シタル設立者タルト同時ニ將ニ成立セントスル會社ノ機關ニシテ之カ設立事務ヲ執行スヘキ者ナルコトハ前ニ述ヘタル所ナリ於是乎二ノ問題ヲ生ス即チ其一ハ發起人カ會社ノ爲メニ爲シタル行爲ハ會社ニ對シテ效力ヲ及ボスヤ否ヤ及ヒ效力ヲ及ボスモノトセハ其理由如何他ノ一ハ發起人ハ會社ニ對シテ如何ナル責任ヲ負フヤ及ヒ會社カ設立セラレナリシ場合ニ於テ株式引受人ニ對シテ如何ナル責任ヲ負フヤ是ナリ以下ニ之ヲ説明セントス

發起人カ會社ノ爲メニスル行爲ニ二種アリ即チ其一ハ會社設立ノ要素ヲ爲セル行爲ニシテ法律ノ之ヲ認メタルモノ、他ノ一ハ法律ニ依リテ認メラレサルモノ是ナリ前者ハ發起人相互間又ハ發起人ト株式引受人トノ間ニ結ハレタル株式引受ノ契約、發起人カ受クヘキ特別利益、報酬、現物出資及ヒ設立費用ニ關スル契約ナリ此等ノ契約ハ法律ニ依リテ認メラレタルモノニシテ隨テ會社設立後ニ於テハ會社ニ

對シテ其效力ヲ及ホスモノナリ換言スレハ會社ハ此等ノ契約ニ因リテ生シタル權利ヲ得又ハ義務ヲ負フモノナリ後者ハ例ヘハ發起人カ未ダ成立セサル會社ノ名ヲ以テ商品、店舗等ヲ買入レタルカ如キ場合ニシテ法律ハ此ノ如キ事ヲ認メス又發起人ハ未ダ成立セサル會社ノ代理人タルノ理由ナキ故ニ發起人ノ爲シタル行為ハ會社ニ對シテ直接ニ其效力ヲ及ホスコトナシ唯會社カ其成立後ニ於テ無權代理ニ關スル規定ニ從ヒ其行為ノ追認ヲ爲シタルトキハ始メテ會社ニ對シテ其效力ヲ及ホスモノニシテ(民一)三條乃至一六條、一八條會社カ之ヲ追認セサルトキハ相手方カ會社ノ成立セザリシコトヲ知リタルトキ若クハ過失ニ因リテ之ヲ知ラザリシトキ又ハ發起人ノ無能力者ナリシトキノ外ハ發起人ハ相手方ノ選擇ニ從ヒ之ニ對シテ履行又ハ損害賠償ノ責任スヘキモノナリ(民一一七條)

發起人カ未ダ成立セサル會社ノ爲メニ爲シタル行為ニシテ法律ニ依リテ認メラレタルモノハ如何ナル法理ニ因リテ其效力ヲ會社ニ及ホスヤニ付テハ學說一致セス或ハ明示ノ意思表示ニ依ル權利承繼又ハ法律上ノ權利承繼アルモノナリト曰フ者アルモ(二)キッター「ラバンド」會社ノ成立ニ因リ會社ト發起人トノ間ニ於ケル權利義務ノ關係ヲ生スルヲ觀レハ其會社ノ權利又ハ義務ヲ有シタルモノト爲スノ必要アリ故ニ此ノナリト爲スカ爲メニハ發起人ハ自己ニ對スル權利又ハ義務ヲ有シタルモノト爲スノ必要アリ故ニ此說ハ採用スルコトヲ得ス或ハ發起人ハ未ダ成立セサル會社ノ法定代理人ナリト曰ヒ事務管理者ナリト曰ヘル者アルモ(リング)「ペーテルセン」「アウエルバハ」等未ダ成立セサル會社ニハ嚴格ナル意味ニ於ケル代理人ナルモノアルヘキ理由ナキノミナラス以上ニ述ヘタルカ如ク會社ノ成立ニ因リテ會社ト發起人トノ間ニ於ケル法律關係ヲ生スルヲ觀レハ發起人カ代理人又ハ事務管理者トシテ自己カ本人ニ對シテ權利ヲ得ヘキ行為ヲ爲シタルモノト爲スハ適當ニ非ス(民一〇八條)此論者ハ會社ト特定ノ發起

人トノ間ノ關係ニ付テハ他ノ發起人ニ於テ會社ノ代理人ト爲レルモノナリト辯解スルヲ常トスルモ未ダ盡ササル所アリ或ハ第三者ノ爲メニスル契約ノ論法ニ依リテ發起人ハ未ダ成立セサル會社ノ爲メニ契約ヲ爲シタルモノナリト爲ス者アルモ(ルノー)「レーグルスベルゲル」「ガライス」「フックスベルゲル」等發起人ノ爲シタル行為ニ因リ會社カ義務ノミヲ負フ場合アルヲ觀レハ此說ヲ採ルニ足ラサルコトハ明カナリ故ニ會社ハ其成立ニ因リ會社設立ノ要素トシテ法律ニ由リテ認メララル行為ニ因リテ生シタル權利義務ハ法律上當然之ヲ取得スルモノナリト論定スルヲ正當ナリト信ス(同說キーナー)「ペーレンド」「ギールケ」「コーザク」「ビンチル」等獨逸ノ最高法院ノ判決亦此說ニ從ヘリ

發起人ハ會社ニ對シテ如何ナル責任ヲ負フヤ即チ發起人カ設立事務ヲ處理スルニ當リテハ如何ナル程度ノ注意ヲ以テスヘキヤ、發起人ハ會社ノ爲メニ受取リタル金銭其他ノモノハ之ヲ會社ニ引渡スコトヲ要スルヤ、發起人カ會社ニ引渡スヘキ金銭ヲ自己ノ爲メニ消費シタルトキハ如何等ノ問題ニ付テハ我商法ハ別ニ明文ヲ設ケス然レトモ前ニ述ヘタルカ如ク定款ノ作成ニ因リテ發起人間ニハ會社ノ設立ヲ目的トスル組合關係ヲ生スルモノニシテ此組合ニ付テハ民法中組合ニ關スル規定ハ性質上適用スヘカラサルモノノ外ハ其適用アルモノト謂ハサルヘカラス隨テ發起人ニ對シテハ受任者ニ關スル民法ノ規定ノ適用アリ(民六七一條、六四四條、六四六條、六四七條)此發起人組合ニ對スル發起人ノ責任ハ會社ノ成立ト同時ニ會社ニ對スル關係ト爲リ隨テ發起人ハ會社ニ對シテハ受任者タルノ地位ニ立チ茲ニ引用シタル規定ノ適用ヲ受クヘキモノト解釋シテ可ナンカ

創立總會ニ於テ會社設立ノ廢止ヲ決議シ會社カ成立セザリシ場合ニ於テハ發起人ハ株式引受人ニ對シテ如何ナル責任ヲ負フヘキヤニ付テモ別ニ特別規定ナシ然レトモ前ニ述ヘタルカ如ク發起人ト各株式

引受人トノ間ニハ株式引受ナル契約ヲ生スルカ故ニ此契約ハ委任ト同シキ一種ノ關係ヲ生シ發起人ハ株式引受人ニ對シテモ亦受任者ト同一ノ責任ヲ負フヘキモノト解シテ可ナランカ

於之ヲハ會社ト發起人トノ間又ハ株式引受人ト發起人トノ間ノ關係ニ關シテハ發起人ハ受任者タルノ責任ヲ負ヒ唯不法行為ニ關スル責任ヲ負フニ止マルモノニ非スト信ス是レ(レ)マンカ發起人ノ責任ヲ以テ常ニ不法行為又ハ法律ノ規定ニ因ル責任ナリトセルトハ全然反對ノ意見ナリ

我商法ハ發起人ノ責任ニ付テハ一箇條ノ設アルノミ即チ創立總會ニ於テ變態設立ニ關スル事項ヲ變更シタルトキ及ヒ第一三六條ノ場合ニ於テ發起人カ連帶シテ株式ヲ引受ケ又ハ第一回ノ拂込ヲ爲シタルトキニ於テモ仍ホ發起人ニ對シテ損害賠償ノ請求ヲ爲スコトヲ得ヘキ規定是ナリ(一三七條)而シテ茲ニ所謂損害賠償ハ如何ナル性質ノモノナルカ明カナラス立法論トシテハ發起人ノ責任ニ關シテ尙ホ二三ノ法文ヲ設ケテ其性質ヲ明カニセンコトヲ望ム外國法ニ於テハ發起人ノ責任ニ關シテ規定ヲ爲ササルモノハ寧ロ稀ナリト信ス

第三章 株式

株式ハ獨逸法ノ「アクチエン」、佛蘭西法ノ「アクシオン」、英國法ノ「シエヤ」、米國法ノ「ストック」ニ該當ス英國法ニ於テモ「ストック」ノ語アルモ其所謂「ストック」トハ株主ノ有スル總株式ヲ合同シタル合同株ニシテ任意ニ其一部ヲ分割シテ讓渡シ得ヘキモノヲ謂フ故ニ英國法ノ所謂「ストック」ハ株式ニ該當スルモノニ非ス

株式ナル語ハ二ノ意味ヲ有ス會社ノ資本ハ之ヲ株式ニ分ツコトヲ要スト云ヒ(一四三條)又ハ株式ノ金

額ト云フトキハ會社資本ニ分割シタル一部ヲ示シ株式ノ享有、取得又ハ讓渡ト云フトキハ株主カ會社ニ對シテ有スル權利義務ノ總體即チ所謂株主權ヲ示ス獨逸ノ「アルノ」ハ獨逸語ノ株即チ「アクチエン」ニ付キ此二ノ意味ノ外向ホ株券ナル意味アリトシ隨テ「アクチエン」ナル語ハ全ク異ナレル三ノ意味ヲ有スルモノトシ獨逸學者ハ概ネ皆此意見ニ從ヘリ我法律ハ別ニ株券ナル語ヲ有セルヲ以テ株式ハ前述シタル二ノ意味ヲ有スルニ止マル然レトモ記名株式又ハ無記名株式ト云フトキハ其株式ヲ表彰セル株券ノ記名、無記名ヲ以テ其區別ノ標準トセルモノナリ以下先ツ資本ノ一部トシテノ株式ニ關スル説明ヲ爲シ次ニ株主權ニ關スル説明ヲ爲シ最後ニ株券及ヒ株主名簿ニ關スル説明ヲ試ミントス

第一節 株式ノ金額

株式ノ金額ハ均一ナルコトヲ要ス(一四五條一項)是レ佛、伊、匈、葡等ノ諸國法ト同一ナリ故ニ大株式ト小株式トノ區別ヲ爲シ小株式ニ付テハ議決權ヲ與ヘサルカ如キハ我商法ハ之ヲ認メス然レトモ株式ノ金額カ均一ナルコトヲ要ストハ株券ト關係ナキコトナルカ故ニ一ノ株券ヲ以テ數箇ノ株式ヲ表彰セシムルコトハ勿論妨ナキ所ナリ

株式ハ金額ヲ以テ之ヲ表彰スルコトヲ要ス故ニ所謂數量株式タルコトヲ要シ資本ノ何分ノ一ト云フカ如キ所謂股份株式ハ之ヲ認ムルコトヲ得ス外國法中唯伊太利法自耳義法ノ如キハ股份株式ヲ認ム

株式ノ金額ハ五十圓ヲ下ルコトヲ得ス但一時ニ株金ノ全額ヲ拂込ムヘキ場合ニ限リ之ヲ二十圓迄ニ下スコトヲ得(一四五條二項)株金額ニ付キ最少限ノ定ヲ爲セルハ必スシモ各國法ノ探レル所ニ非スシテ唯佛、獨、羅馬尼、瑞典法ノミナリ而シテ茲ニ「一時ニ株金ノ全額ヲ拂込ムヘキ場合」トアルハ株式引受

ノ場合ニ付テノミラ指セルカ故ニ資本減少ノ場合ニ於テ全額ノ拂込アルコトヲ理由トシテ株式ノ金額ヲ減少シ之ヲ五十圓以下ト爲スカ如キハ之ヲ認ムルコトヲ得ス
我商法ハ株式ノ部分ナルモノヲ認メス佛、白、匈、及ヒ千八百八十四年改正前ノ獨逸法ノ如キハ株式ヲ分割シタル部分ヲ認メ隨テ完全ナル株主ト部分株主ナルモノトヲ認ムルモ我商法ハ之ヲ認メス

第二節 株式ノ所屬者

株式ヲ以テ株主權ヲ意味スルモノトスレハ其所屬者ヲ離レテ之ヲ考フルコトヲ得ス株式ノ所屬者ハ之ヲ株主ト謂フ株主タルコトヲ得ヘキ者ノ資格ニ付テハ前ニ述ヘタルカ故ニ再ヒ之ヲ贅セス
株主ハ或ハ一箇ノ株式ヲ有スルコトアルモ多クノ場合ニ於テハ數箇ノ株式ヲ有シ一人ノ株主カ或ハ會社ノ總株式ノ大半ヲ有スルコトアルヘシ然レトモ株式會社ニ於テハ七人ノ株主アルコトヲ要スル結果トシテ一人ノ株主カ會社ノ總株式ヲ有スルコトヲ得ス反之數人カ共同シテ一箇ノ株式ヲ有スルコトヲ得此場合ヲ稱シテ株式ノ共有ト謂フ株式カ數人ノ共有ニ屬スルトキハ共有者ハ株主ノ權利ヲ行フヘキ者一人ヲ定ムルコトヲ要シ又共有者ハ會社ニ對シ連帶シテ株金ノ拂込ヲ爲ス義務ヲ負フ(一四六條)蓋シ株式ハ不可分のモノニシ其權利ニ付テハ性質上其同行使ヲ許サス又義務ニ付テハ分擔ヲ許スヘキモノニ非ザレハナリ

會社ハ自己ノ株式ヲ取得シ又ハ質權ノ目的トシテ之ヲ受クルコトヲ得ス會社カ此規定ニ背キタルトキハ取締役ニ對シテ過料ノ制裁アリ(一五一條一項、二六二條四號)抑、株式ハ株主カ會社ニ對シテ有スル權利義務ノ包括名稱ナリトスルトキハ純理上會社カ自己ノ株式ヲ取得シタルトキハ株式ハ混同ニ因

リテ消滅スヘキモノナリ又株式カ會社ノ社員タルノ地位ヲ表彰スルモノト爲ストキハ會社ハ同時ニ自己ノ社員タルコトヲ得サルコトハ當然ノ事理ナリト雖モ會社カ一時自己ノ株式ヲ取得シテ他人ニ讓渡スカ如キハ便宜上之ヲ認ムルヲ可トスル場合アリ然レトモ自己ノ株式ヲ取得ハ會社ノ財産狀態ヲ鞏固ニスル所以ニ非ス又會社カ自己ノ株式ニ依リテ投機ヲ試ムルノ弊害ヲ生スヘキモノナルカ故ニ各國法ハ概ネ皆之ニ制限ヲ加フ我商法ト同シク全然之ヲ禁止セルハ獨逸ノ千八百七十年ノ法律、匈牙利商法、西班牙商法、瑞典法等ナリ全ク之ニ制限ヲ加ヘサルハ獨逸舊商法、佛蘭西商法ナリ瑞西、伊太利、白耳義、獨逸(新撰太利)諸國法ハ全然之ヲ禁止セシテ唯之ニ制限ヲ加フルノミ我舊商法モ亦此制度ニ倣ヘリ(舊商二一七條以下)立法論トシテハ會社カ贈與、遺贈等ノ無償行為ニ因リテ之ヲ取得スル場合ノ如キ又會社ノ債務者カ會社ノ株式以外ニ何モノヲモ有セサルニ當リ履行、強制執行ニ因リテ之ヲ取得セル場合ノ如キ又會社カ買入ノ委託ヲ受ケテ自己ノ名ヲ以テ他人ノ爲メニ自己ノ株式ヲ取得スルカ如キハ毫モ之ヲ禁止スヘキ理由ナシト信ス

會社カ自己ノ株式ヲ取得スルコトヲ得サル原則ニ對シテハ二ノ例外アリ即チ一ハ株式ノ失權ニ因リテ株式カ會社ニ歸屬スル場合ニシテ他ノ一ハ資本減少ノ規定ニ從フカ若クハ定款ノ定ムル所ニ從ヒ株主ニ配當スヘキ利益ヲ以テ株式ノ任意の消却ヲ爲ス場合ニ於テハ株式ハ一時會社ニ歸屬ス株式カ會社ニ歸屬セル間ニ於テハ會社ハ之ヲ財産トシテ財産目録及ヒ對借對照表中ニ掲クルコトヲ得又會社ハ其株式ヨリ生スル利益若クハ利息ノ配當ハ之ヲ受クルコトヲ得唯會社カ自己ノ株式ニ付テ議決權ヲ有スルコトナキハ當然ノ事理ナリ(法學志林五五號一〇頁以下參照)

第三節 株主ノ權利

株主ノ權利ハ之ヲ大別スレハ二種ト爲ル即チ一ハ株主カ社員タルハ資格ヲ離レ會社ノ債權者トシテ會社ニ對シテ有スル權利ニシテ獨逸學者ハ之ヲ稱シテ債權者權ト曰ヘリ債權者權ハ純然タル債權ニシテ更ニ之ヲ別ツトキハ(一)株主カ社員タル資格以外ノ理由ニ因リテ取得シタルモノ(二)株主カ社員タル資格ヲ有セルコトニ因リテ取得シタルモノ是ナリ利益配當ニ關スル總會ノ決議アリタル後ニ於テ其確定セラレタル利益金ノ配當ヲ求ムル權ノ如キハ即チ後者ニ屬スル利益ノ配當トシテ確定セラレタル金額ヲ請求スル權利ハ株主カ社員タルノ地位ヲ有スルニ因リテ會社ニ對シテ將來ニ向テ利益ノ配當ヲ求メ得ルノ權ト之ヲ區別スルコトヲ要ス前者ハ株主ハ會社ニ對スル純然タル債權トシテ會社ノ他ノ債權者ト同一ノ地位ニ立チテ之ヲ請求スルコトヲ得ヘキモノナルモ後者ハ社員タル資格ヲ離レテ存在スルモノニ非ス予ノ信スル所ニ據レハ後者ハ株主權ヨリ生スル一種ノ權能タルニ過キス而シテ此等ノ債權者權ニ付テハ茲ニ之ヲ説明スルノ必要ナシト信ス

株主カ會社ニ對シテ有スル他ノ權利ハ株主カ會社ノ社員トシテ其地位ニ伴ヒテ有スル權利即チ所謂株主權ナリ尙ホ此株主權ナル語ハ單ニ株主ノ權利ノミナラス株主カ株主タルコトニ因リテ會社ニ對シテ負ヘル義務ヲモ包含スルモノトシテ用ヒラルコトアリ此意義ニ於テ株主權トハ即チ株主ト云フト同一ナリ

株主權ニ因リテ生スル權能ニハ種種アリ學者ハ普通此等ノ權能ヲ以テ株主ノ權利ナリトシ隨テ種種ノ方面ヨリ觀察シテ株主ノ權利ノ分類ヲ試ムル者アリ予ハ前ニ述ヘタルカ如ク此等各種ノ株主ノ權利ト

云ハルモノハ一ノ株主權ニ因リテ生スル權能ナリト信スレトモ茲ニハ普通ノ學者ノ見解ニ從ヒ株主ノ權利トシテ其分類ヲ説明セントス

第一 株主ノ權利ハ其總テノ株主ニ一般ニ屬スルカ又ハ特定ノ株主ノミニ屬スルカノ點ヨリ之ヲ分類スルトキハ一般權、特別權ノ二ト爲ル特別權ニハ更ニ二種アリ即チ其一ハ特定ノ株主ニ限リ屬スルモノニシテ所謂特別利益トシテ前ニ説明シタルモノナリ他ノ一ハ特定ノ階級ノ株主ニ屬スルモノニシテ所謂優先株ニ於ケル株主ノ權利是ナリ學者ハ普通之ヲ稱シテ階級權(或ハ種類權)ト曰ヘリ優先株ニ對シ普通ノ株式ヲ稱シテ通常株ト謂フ

株式會社ニ於テハ株主ノ地位ハ平等ナルヲ以テ原則トス然レトモ特定ノ場合ニ於テハ之ニ差等ヲ設ケ一種ノ株主ニ財產上ノ優先權ヲ與フルコトヲ許ス是レ即チ優先株ナリ而シテ優先株ニ與ヘラレタル優先權ハ通常ハ利益ノ配當又ハ殘餘財產ノ分配ニ關ス故ニ優先株ニハ通常三種アリ即チ第一ハ利益ノ配當ニ關シテ通常株ニ優先スルモノ第二ハ殘餘財產ノ分配ニ關シテ通常株ヨリ優先權ヲ有スルモノ第三ハ此二ノ優先權ヲ併有スルモノ是ナリ第一種ノ優先株ハ最も多キヲ占ムルモノニシテ更ニ之ヲ別ツトキハ通常株主ニ先チテ一定ノ歩合ノ配當ヲ受クルモノト總株主ニ一定ノ歩合ノ配當ヲ爲シタル後尙ホ殘存スル利益ノ配當ヲ受クルモノトアリ又各箇ノ事業年度ノ利益ニ付テノミ優先權ヲ有スルモノト一事業年度ノ利益ヲ特定ノ歩合ニ達セカリシトキハ次年度以下ノ純益ヨリ之ヲ填補スルコトヲ得ルモノ即チ所謂繼續ノ優先權ヲ有スルモノトアリ總テ此等ハ優先株ノ常態ナルヲ此以外ニ於テモ優先株主ニ財產上ノ利益ヲ與フル方法ヲ以テ優先權ヲ付スルコトヲ妨ケス唯株主ノ議決權其他後ニ述フル共益權ニ關シテ差等ヲ設クルコトヲ得サルノミ

優先株ハ株式ノ一種ナリ之ヲ以テ社債ト混同スルコトナキコトヲ要ス社債權者ハ純然タル會社ノ債權者ニシテ會社ノ社員ニ非ス社債權者ハ會社ノ利益ノ有無ヲ問ハス其利息ノ請求ヲ爲スコトヲ得ルモノニシテ優先株主ニ對シテモ仍ホ優先權ヲ有ス優先株主ハ唯通常株主ニ優先スルニ過キシテ會社ノ利益ナキトキハ配當ヲ受クルコトヲ得ス反之社債權者ハ會社ノ社員ニ非サルカ故ニ隨テ會社ノ總會ノ議決ニ與ルコトナキモ優先株主ハ株主トシテ株主總會ニ出席シテ議決權ヲ行フコトヲ得唯經濟上ノ觀念ヲ以テスルトキハ優先株ハ通常株ニ比シ社債ノ方向ニ一歩ヲ進メタルモノト謂フコトヲ得

優先株ハ會社資本ヲ増加スル場合ニ限リテ之ヲ發行スルコトヲ得此場合ニ於テハ其旨ヲ定款ニ記載スルコトヲ要ス(一一條)蓋シ資本増加ノ場合ノ外ハ此ノ如キ變態ノ株式ヲ認メサルヘカラサル實際上ノ必要ナク會社設立ノ初ニ於テ優先株ノ發行ヲ許ストキハ一層投機熱ヲ盛ナラシムル虞アレハナリ外國法ハ此ノ如キ制限ヲ爲ササルモノ多シ獨逸法ノ如キモ會社設立ノ初ニ於テ既ニ之ヲ認ム

優先株ハ議決權ニ付テ優先權ヲ與フルモノニ非サルコトハ前ニ述ヘタル所ナリ唯優先株主ノ小數ナル場合ニ於テハ通常ノ株主總會ノ決議ノミニ因リテ之ニ損害ヲ與フヘキ事項ヲ定ムルコトヲ許スハ優先株主ヲ保護スル所以ニ非サルカ故ニ法律ハ別ニ優先株主ノ總會ヲ認メ定款ノ變更カ優先株主ニ損害ヲ及ボスヘキトキハ株主總會ノ決議ノ外優先株主ノ總會ノ決議アルコトヲ要ストセリ優先株主ノ總會ニハ總テ株主總會ニ關スル規定ヲ準用セラルモノナリ(一二條)

第二 株主ノ權利ハ其重要ノ點ヨリ之ヲ分類スルトキハ奪フコトヲ得ヘキ權利ト奪フコトヲ得ザル權利ト二ト爲ル議決權、利益ノ配當ヲ求ムル權、殘餘財産ノ分配ニ與ル權ハ最重要ナル權利ナレトモ立法上必スシモ皆奪フコトヲ得ルルモノト謂フコトヲ得スシテ利益ノ配當ヲ求ムル權ノ如キハ定款ノ

規定ヲ以テ之ヲ奪ヒ會社解散後ニ於テ殘餘財産トシテ一時ニ之ヲ分配スルコトヲ得然レトモ佛蘭西ノ學說ハ利益ノ配當ヲ求ムル權ハ奪フコトヲ得サルモノトセリ其他各箇ノ權利ニ付テハ其奪フコトヲ得ヘキヤ否ハ茲ニ之ヲ述ヘス

第三 株主ノ權利ハ其行使ノ方法ニ從テ之ヲ分類スルトキハ單獨株主權ト少數株主權ト二ト爲ル單獨株主權トハ株主カ單獨ニ行使スルコトヲ得ルモノニシテ株主ノ權利ノ大半ハ之ニ屬スレトモ唯臨時總會ノ招集、會社事務及ヒ財産ノ狀況ノ検査、取締役又ハ監査役ニ對スル起訴ノ請求ハ資本ノ十分ノ一以上ニ當ル株主ニ非サレハ之ヲ爲スコトヲ得ス(一六〇條、一七八條、一八五條、一九五條之ヲ稱シテ少數株主權ト謂フ少數株主權ハ苟モ資本ノ十分ノ一以上ニ當ル株主ナル以上ハ其一人タルト數人タルトヲ問ハスシテ之ヲ行使スルコトヲ得又十分ノ一ノ制限ハ定款ノ規定ヲ以テ之ヲ低ムルコトヲ得ルモノ之ヲ高ムルコトヲ得スト解スルヲ正當トス

第四 株主ノ權利ハ其目的ニ從テ之ヲ分類スルトキハ自益權、其益權ノ二ト爲ル多クノ學者ハ此區別ヲ取リテ株主權ノ分類ヲ爲シ或ハ前者ヲ自己ノ爲メニスル權、後者ヲ代表權ト曰ヒ「コーザック」或ハ前者ヲ各別權、後者ヲ共同權ト曰ヘリ「ゴールドシュミット」今此分類ニ從テ説明スレハ自益權トハ株主カ自己ノ利益ノ爲メニ行使スル權利ニシテ次ノ如キモノナリ

一 利益ノ配當ヲ求ムル權(一九四條、一九五條、一九七條)

二 殘餘財産ノ分配ニ與ル權(二二九條)

三 利息ノ配當ヲ求ムル權(一九六條、一九七條)

四 株券ノ交付ヲ求ムル權

五 株券ノ書替ヲ求ムル權(一五〇條)

六 記名株券ヲ無記名株券トシ又ハ無記名株券ヲ記名株券ト爲スコトヲ請求スル權(一五五條)

共益權トハ株主カ自己ノ利益ノ爲メニスルト同時ニ會社ノ利益ノ爲メニ行使スル權利ニシテ更ニ之ヲ別ツトキハ單獨ニ之ヲ行使スルコトヲ得ヘキモノ及ヒ少數株主權ト爲ル單獨ニ行使スルコトヲ得ヘキ共益權ニハ次ノ如キモノアリ

一 議決權(一六一條一六二條)

二 株主總會ノ決議無効ノ宣告ヲ求ムル權(一六三條)

株主權ノ法律上ノ性質如何、株主權ハ物權ニ非ス會社財産ハ會社ニ屬スルモノニシテ株主ハ會社財産ノ共有者ニ非ス又株主ハ會社財産ノ上ニ物上權ヲ有スルモノニ非ス殘餘財産ノ分配ニ與ル權利ノ如キハ仍ホ會社ニ對スル權利ニシテ直接ニ會社財産ノ上ニ有スルモノト看ルハ誤ナリ然ラハ株主權ハ債權ナリヤ獨逸學者ハ株主權ハ債權ニ非スシテ社員權ノ一種ナリト論シ株主權ヨリ生スル權能ハ前述ハタルカ如シ各種各樣ノモノニシテ決シテ單純ナル債權ノ觀念ヲ以テ之ヲ蔽ヒ盡スコトヲ得ス社員權ハ債權ト同シタ相對權ノ範圍ニ屬スルモノナルモ債權ノ如ク對等ノ二人格者間ノ權利ニ非スシテ社團ノ社員カ自己ノ屬セル社團ニ對シテ有セル特種ノ權利ナリトセリ予ハ此說ニ賛成スル者ナリ然レトモ我民法カ此說ヲ採ラサリシコトハ記名株券ヲ以テ指名債權ト看做セルニ依リテ明カナリ(民三六四條)故ニ我民法ノ解釋トシテハ株主權ノ本體ハ利益ノ配當ヲ求メ殘餘財産ノ分配ニ與ル一種ノ債權ニ在ルモノニシテ此二ノ權利カ主タル權利ニシテ他ハ之ヲ補助スル附屬ノ權利タルニ過キストシテ株主權ハ一種ノ債權ナリト論スヘキモノト信ス

第四節 株主ノ義務

株主ノ義務ニモ株主カ株主タル資格ニ關係ナク會社ニ對シテ義務ヲ負フ場合ト株主カ會社ノ社員タル資格ニ於テ會社ニ對シテ義務ヲ負フ場合トヲ區別セサルヘカラス茲ニ說明セントスルハ勿論後ノ場合ノ義務即チ株主ノ出資義務ナリ出資義務ハ株主カ社員タル地位ヲ有スルニ因リ會社ニ對シテ負フ義務ニシテ決シテ單純ナル債務ニ非ス會社カ株主ヲシテ出資ヲ爲サシムルコトヲ得ル權利ハ單純ナル債權ニ非スシテ之ヲ特定ノ金額ノ拂込ヲ爲サシムヘキコトノ確定シタル場合ニ於テ其金額ヲ請求スルノ債權ト區別スルコトヲ要ス

出資ノ目的ハ金錢タルコトヲ原則トシ例外ノ場合ニ於テハ金錢以外ノ財産タルコトヲ得ヘキコトハ前ニ述ヘタル所ナリ又出資ノ法律上ノ性質如何ノ如キハ茲ニ之ヲ略シ唯出資義務ハ何時ニ於テ履行スヘキカニ付キ及ヒ其履行ヲ爲サシムルカ爲メニ法律ノ設ケタル特別ノ方法ニ付キ說明セントス

現物出資ニ關シテハ何時ニ於テ出資義務ヲ履行スヘキカニ付キ法律上別ニ規定ナシ故ニ定款ノ定ムル所ニ依ルノ外ナシ佛蘭西法ノ如キハ之カ規定ヲ爲シ原則トシテハ會社設立又ハ資本ノ増加ト同時ニ之ヲ爲スヘキモノトセリ(千八百九十三年八月一日法)我商法ニハ此ノ如キ規定ナキカ故ニ當事者ノ意思カ定款ノ規定ニ依リテ明カニセラレサルトキハ現物出資ヲ爲スヘキ株主カ其履行ノ請求ヲ受ケタル時ニ於テ始テ其履行ヲ爲スヘキモノト爲ルヘシ(民四二條三項)

出資者ヲシテ出資ヲ爲サシムルニハ如何ナル手續ヲ爲スヘキカ及ヒ出資者カ其義務ヲ履行セサル場合ニ於テハ如何ナル方法アリヤ現物出資ニ付テハ法律ニ別段ノ規定ナキカ故ニ總テ民法ノ一般原則ニ從

フニ止マルモノト看テ可ナランカ
金錢出資ノ義務ノ履行ハ株金ノ拂込ナリ而シテ株金ノ拂込ニ付テハ第一回ノ拂込ハ株式總數又ハ新株總數ノ引受アリタル後遲滞ナク之ヲ爲スヘキモノナルモ之ニ付テハ茲ニ述ヘス第二回以後ノ拂込ニ付テハ法律ニハ其時期ノ定ヲ爲ササルカ故ニ定款ニ規定ナキトキハ取締役ノ任意ニ之ヲ定メ得ヘキモノト解シテ可ナリ定款ニ其規定アルカ又ハ株主總會ノ決議アルトキハ取締役ハ之ニ從フヘキコトハ勿論ナリ

株金ノ拂込ハ二週間前ニ之ヲ各株主ニ催告スルコトヲ要ス(一五二條一項)茲ニ二週間前トハ少クトモ二週間前トノ意味ニ解釋スヘキモノト信ス

株金ノ拂込ハ通貨ヲ以テ現實ニ之ヲ爲スコトヲ要シ手形其他ノ代物ヲ以テ爲スコトヲ得ス(民四〇二條、大審院明治三十六年九月二十二日判決)又株主ハ株金ノ拂込ニ付キ相殺ヲ以テ會社ニ對抗スルコトヲ得ス(四四條二項)然レトモ會社ヨリ其株主ニ對シテ相殺ヲ以テ對抗スルコトヲ妨ケス

株主ノ失權ハ金錢出資ノ場合ニノミ適用アリテ現物出資ノ場合ニハ其適用ナシ又金錢出資ノ場合ニ於テモ株主失權ノ方法ヲ探ルト否トハ會社ノ任意ナリ唯此方法ヲ探ルニ決シタルトキハ一二株主ニ對シテノミ此方法ヲ採リ他ノ株主ニ對シテハ此方法ヲ探ラサルカ如キコトヲ得ス必スヤ拂込ヲ爲ササル總テノ株主ニ對シ一様ニ此方法ヲ探ルコトヲ要ス

雜 錄

○大審院判例要旨

○民事訴訟法第百五十一條適用及解釋

權利關係カ合一ニノミ確定スヘキ共同訴訟ニ於テ控訴期間

ニ付キ民事訴訟法第五十條第四項ノ規定ヲ適用スルニハ總テノ共同訴訟人ニ對シ第一審判決ノ送達アリタルコトヲ必要トス(明治三十九年(オ)第一一三號)

○第三者ノ作成セル私署證書ノ證據力

第三者ノ作成ニ係ル私署證書ト雖モ其成立ノ真實ナルコトヲ認定シ得ヘキ場合ニハ裁判所ハ之ヲ採用シテ其内容ニ關シ自由ナル心證判斷ヲ與フヘキモノナル

トモ該證書成立ノ眞否ニ付キ當事者間ニ爭アルトキハ舉證者ヨリ更ニ對證ヲ舉クルニ非サレハ之ヲ採用スルコトヲ得ス(明治三十九年(オ)第二九八號)

○抵當不動産ノ買受ト擔保權ノ留保

本訴訟爭ノ地所ニ抵當權ノ設定アルコトヲ被上告人カ了知シ

テ買受ケタルモノナルヤ否ヤノ事項ニ付キ原判決ト上告人ノ抗辯即上告人カ抵當權ノ設定アルコト了知シテ買受ケタル事實ト假定シ之ニ基テ判斷ラ下シ先ツ抵當物タルヲ知テ其地所ヲ買受ケタルモノト追奪ノ場合ニ賣主ヲシテ擔保ノ義務ヲ盡サシムル權利ヲ留保スルコトハ互ニ相容レサルモノニアラサル法理ヲ説明シ且被上告人ハ抵當ノ設定アル地所ナルコトヲ知テ係爭不動産ヲ買受ケタリトスルモ其抵當債務ヲ債務者カ辨濟サセサル場合ニ於テ賣主ニ追奪擔保ノ責任アルカ故ニ自己ニ危險

ナシト信シテ之ヲ買受タルコトナキニアラサルヲ以テ被上告人カ抵當ヲ了知セシ事實ハ直チニ追奪擔保ノ權利ヲ拋棄スルノ意思アリシトノ事實ヲ推斷スヘカラストノ理由ヲ明示シアレハ原判決ハ上告人所論ノ如キ重要ナル争點ヲ遺脱シテ判斷ヲ下ササルノ違法アルコトナシ(明治三十九年(一)第三一民事部)

法學志林

第十八卷 第九號 九月二十日發行
每月定價 壹圓貳拾錢
郵稅 壹圓貳拾錢
共計 貳圓貳拾錢
(第八十六號)

◎ 志

林

歐米永久仲裁裁判條約締結ノ顛末
動產質權設定者ノ占有權
刑事政策ト労働問題
土地建物トノ關係
日支兩國交際ノ回顧
法學士 菊地 駒次郎
法學士 梅野 謙次
法學士 三上 參次
文學博士 牧野 法學士

◎ 質疑

典錄

憲法二題(清水法學博士)
民法一題(佐竹法學士)
刑法一題(牧野法學士)

◎ 判例

論

民法總則ノ價值
大審院判決例十件

◎ 雜報

事

○ 廢民院ノ設立
○ 楊公使ノ留學生誤
○ 長野縣ノ肝取地
○ 阿片ノ毒
○ 日本學生ニ傳染ス
○ 民事法律調査會
○ 田中正造翁ノ官是海等事件
○ 大國民社ノ秩序及官吏傳等事件
○ 古賀康造
○ 盧上ノ實行
○ 行政裁判所問題ノ落著
○ 續進更役協同會
○ 一億八千萬圓ノ縣政
○ 盛ナルムスノ輸出
○ 電車

◎ 記事

行所

○ 法政大學新學期開校
○ 四十年度法政大學講義錄
○ 梅博士ノ消息其(一)大連書勢
○ 其(二)清國大官
○ 會見
○ 其(三)旅行決定
○ 實業懇話會
○ 本誌編輯會
○ 校友集
○ 附載目

發行所

法政大學

(電話番町 一七四番)

法學志林
臨時增刊
私立法政大學一覽

- 法政大學摘要
- 法政大學沿革略
- 法政大學學則
- 法政大學試驗規則
- 外國語專修科規則
- 清國留學生法政速成科規則
- 職員
- 大學部專門部及高等研究科擔任講師
- 大學豫科擔任講師
- 外國語專修科擔任講師
- 清國留學生法政速成科擔任講師
- 法政大學校外生規則
- 法政大學校友會規則
- 參照
 - 專門學校令○公立私立專門學校入學規程
 - 私立學校令○私立學校入學規程
 - 私立學校令○私立學校入學規程
 - 私立學校令○私立學校入學規程
- 雜報
 - 司法修正案○提出○閣法○改正問題○法
 - 大學審議會○梅博士ノ遺狀
- 入用ノ向ハ申込次第送呈ス

明治三十八年十一月九日第三種郵便物認可
每月三四五十一十五日二十五日發行

明治三十九年十月六日印刷
明治三十九年十月七日發行
(定價金參拾錢)

編輯者 萩原敬之
東京市牛込區牛込北町十番地

印刷者 重利俊夫
東京市四谷區四谷左門町五十八番地

印刷所 金子活版所
東京市芝區明舟町十一番地

發行所 司法省
東京市總町區富士見町六丁目十六番地
指定 法政大學
(電話番町百七拾四番)